✠

POR EL CAPITAN DON FRANCISCO MARRVFO Negron, vezino, y Regidor perpetuo de la Ciudad de Cadiz.

(✠) *EN EL PLEYTO CON* (✠)

EL CAPITAN D. CHRISTOVAL Marrufo de Villauicencio, Cavallero de la Orden de Calatraua, su sobrino, vezino de dicha Ciudad.



1 DEMANDA PVSO, POR CASO DE Corte en esta Chancilleria el dicho Don Christoval Marrufo de Villauicencio, como heredero de Don Pedro Marrufo su padre, a dicho Don Francisco Marrufo Negron su tio, diziendo:

2 ¶ *Que por muerte del Capitan Christoual Marrufo su abuelo, entre otros bienes quedaron vna isleta de casas en la plazuela de Marrufo, en dicha Ciudad.*

3 ¶ *Y quedaron por sus hijos, y herederos D. Pedro Marrufo su padre, y dicho Capitan Don Francisco Marrufo, el qual por auer muerto dicho don Pedro en vida de Christoual Marrufo su abuelo, y quedado èl en la edad pupilar, y en la tutela de Don Francisco su tio, este se apoderò de toda la hazienda de su padre, y entre ella de la dicha isla de casas: y la ha tenido, y posseido desde la muerte de su abuelo, que fue el año de 1615. gozando de sus rentas, y alquileres, perteneciendo al dicho su padre; y assi lo tiene cõfessado el dicho don Francisco su tio, y tutor, por vn testamento q̃ otorgò el año passado de 1649. con que auiendose entrado en ellas*

violentamente, por ser menor el dicho don Christoual, deue restituirlas con los frutos, y alquileres el dicho don Francisco. Y assi lo concluyò en aquella via, y forma q̃ mejor en derecho lugar aya.

4 ¶ Excepciones puso don Francisco, y se ha defendido por diferentes alegaciones, y medios, que con distincion se referiran. Y hechas prouanças en la instancia de vista, concluso el pleyto, la sentencia fue.

5 ¶ *Condenar a el dicho don Francisco Marrufo a que buelua, y restituya al dicho don Christoual los ocho pares de casas en la plazuela de Marrufo, sobre que es este pleyto, con los frutos que han rentado desde el año passado de 1615. hasta la Real entrega, à razon de 100. ducados en cada vno.*

6 ¶ *Y en quanto a las mejoras, y reparos, se compensen cõ los frutos que pueden auer rentado desde el dicho tiempo.*

7 ¶ De la qual suplicô Don Francisco en tiempo, y forma, y con nueuas probanças, y escrituras que en esta instancia se han hecho, y presentado, pretende se reuoque.

8 ¶ Don Christoual entra diziendo: *Fueron proprias, y pertenecieron a su padre estas casas*, y que se entrô en ellas don Frãcisco su tio el año de 615. siendo su tutor.

9 ¶ Y assi deue como actor verificar plenè realitèr, y no por presumpciones que reside el dominio dellas en el susodicho.

10 ¶ *L. officium 9. l. in rem actio 23. ff. de rei vindicat. l. cum res, C. de probat. l. ita vt, C. de non numer. pecun.*

11 ¶ Distinguit Bart. *in l. quidam in suo 27. numer. 4. ff. de cond. instit.* Bald. *in dict. l. cum res, C. de probat. numer.* 10. Anton. Fab. *in C. libr. 4. tit. 14. de probat. definit. 69. nu.* 11. ibi: *Distinguendo scilicèt, an de dominio quæreretur principalitèr, an incidenter, vt priori casu, debeat probari concludenter; posteriori verò, præsumptiuè notatur in l. cum res, C. eod. tit.*

12 ¶ Paul. Æmil. Verall. *decis. 280. per tot. à num.* 1. ibi: *Dominium, quando agitur de rei vindicatione, necesse est, vt probetur plene, l. officium, de rei vindicat. Nec obstat, quod dominium per inditia probetur, quia habent locum, quando dominiũ deducitur per viam exceptionis, non autem actionis; secùs quando agitur ad canonicationem dominij; quia tunc requiritur plena probatio, vt per Bartol. in l. pœn. num. 4. ff. de cond. instit. & ita fuit obtentum 23. Maij 1552.*

13 ¶ Gratian. *discept. 678. per tot.* præcipuè *num.* 8. ibi: *Præsertim, quia in casu nostro agitur de dominio porticus principaliter; tunc enim requiruntur efficatiores probationes, quidquid aliud sit, quando incidenter de eo tractaretur.* Surd. *cons.* 1. *num.* 66. Coccin. *decis. Rot. 69. per tot.*

Los

14 ¶ Los medios de que se ha valido, y por donde preten de auerlo fecho, se reduzen a dos.

15 ¶ Vno. Prouança de diuersos testigos que ha presentado. Y el otro. La declaracion que por su testamento (despues reuocado) hizo don Francisco Marrufo, ayudada de otra de Doña Catalina Marrufo su hermana, tia de las partes.

16 ¶ Sinembargo de los quales haremos demonstracion, como ninguno de los dos, ni ambos juntos han sido, ni son medios legitimos, ni bastantes a prouar el dominio de dichas casas, y que *nunca fueron del dicho don Pedro, ni despues de su muerte* de don Christoual su hijo, parte contraria, ni podido salir condenacion en restitucion dellas contra don Francisco, a quien defendemos.

PRIMERO MEDIO de la prouança de testigos.

17 AFirma en su demanda don Christoual, *supr. numer. 2. que esta isla de casas quedaron por muerte de Christoual Marrufo su abuelo.* Y assi lo articula en la tercera pregunta de su interrogatorio, de la instancia de vista, ibi: *Que fueron del dicho Capitan Christoual Marrufo, y como suyas las tuvo, y posseyò.* Y esto es cierto, y constantissimo.

18 ¶ Pero luego se sigue la quarta pregunta, ibi: *Si saben que quando casò a don Pedro Marrufo su hijo, le diò, y donò esta isleta de casas, y con este titulo las tuuo, y posseyò, arrendandolas, como cosa propria suya, lo qual saben, por auerlo visto, &c.*

19 ¶ En las quales sus testigos examinados, *aora el año de 660.* deponen lo siguiente.

20 ¶ *El Licenciado Christoual Bernal, Presbitero, de edad de 68. años,* a la tercera dize: *Que viò, que el Capitan Christoual Marrufo posseyò, como suyas esta isla de casas, y las alquilaua, y cobraua la renta.*

21 ¶ Y luego en la quarta: *Que vido, que quando casò don Pedro Marrufo su hijo, tuuo, y posseyo esta isleta de casas, como suya propria, por auersela dado su padre entonces, y con este titulo las tuuo, arrendandolas a diferentes personas, y cobrando de ellas sus alquileres.*

22 ¶ Leonor de Molina (de 70. años) *que siruiò a Don Pedro Marrufo, y sabe, que Christoual Marrufo posseyò las casas, y quando casò a don Pedro se las diò por suyas proprias, como*

a hijo

a hijo mayor, y posseedor del mayorazgo, y el dicho Don Pedro las tuuo, y posseyò quieta, y pacificamente.

23 ¶ Maria Manuela (de 78. años) *viò posseer al Capitã Christoual Marrufo estas casas, y que sabe que quando casò a don Pedro se las diò, y donò, y al susodicho se las vido arrendar a diferentes personas, y cobrar los arquileres, como cosa propria.*

24 ¶ Y muchos concluyen auer sido las casas del Capitan Christoual Marrufo, *y auer oido, que las diò a don Pedro su hijo quando se casò.*

25 ¶ Cuyas deposiciones en nuestro juyzio, ni aprouechan, ni pueden ser de substancia para verificacion del dominio destas casas en Don Pedro, ni por su muerte en Don Christoual su hijo. Y contra ellas oponemos.

26 ¶ Lo vno. Que para formar el articulo quarto, y los demas, hasta siete del interrogatorio, en la instancia de vista no se hizo alegacion a que puedan corresponder, ni ay mas que la demãda, *supr. n.* 2. & 3. conque vienen a ser nulos, pues deuiendo preceder, y sacarse ex visceribus libelli los tales articulos, vt notorium est, y nos enseñan en sus practicas, Asin. *in praxi*, §. 19. *capit.* 14. *num.* 3. Speculat. *tit. de probat.* §. 7. Ferrar. *in prax. libr.* 2. *capit.* 3. *col.* 4. & ex quamplurimis Gail. *libr.* 1. *obseru. cap.* 81. *num.* 5. Camill. Borel. *in compend. decis. tit.* 1. *de articul. & position. num.* 9. illic: *Ex libello, illiusque substantia, & visceribus, articuli, & positiones formantur.*

27 ¶ Lo segundo. Porque afirmandose en la demanda, *que por muerte de don Christoual Marrufo quedaron entre otros bienes estas casas, supr. num.* 2.

28 ¶ Que se pondria con deliberacion, y acuerdo, como se presume en el Actor, antes de intentar el juyzio: ad text. *in l.* 1. *ff. de edend.* ibi: *Et si contendendum putat veniat instructus ad agendum cognita actione, qua cõuenitur*, cum vulgatis. Et quod magis est, auiendolo articulado en la tercera pregunta.

29 ¶ Es contradicion manifiesta, y repugnante entre si, el dezir inmediatamente en la quarta, *que quando se casò D. Pedro, en su vida se las auia donado*: porque si fuera cierto, no se compadece auerlas donado, *con dexarlas Don Christoual por su muerte*, & sic tanquam contraria allegans, siendo Actor, non est audiendus, *l.* 1. *C. de furt. l. transactione, C. de transact. cap. imputari, de fide instrum. capit. solicitudinem, de appellat.* Dom. Gregor. *in l.* 111. verb. *ninguna, tit.* 18. *part.* 3. Dom. Couarr. *libr.* 2. *var. cap.* 2. *num.* 2.

30 ¶ Lo tercero. Porque los testigos que depusieron en

el

el juyzio possessorio, mirados con atencion, tienen encuẽtro entresi, con lo que aora testifican. Y ademas padecen las tachas que se les han opuesto, para que no merezcan credito, vnos de pobreça, ex *l.3. in princ.* & ibi gloss. verb. *egens, de testib. cap. si testes, §. testium 4. quæst.* 1. y otros por las demas calificadas por las leyes 8. *y* 18. *tit.* 16. *part.* 3. que a la vista del pleyto el Relator expressò.

30 ¶ Y ademas se hallan todos convencidos en quanto dizen: *Que don Pedro posseyò la isla de casas, sobre que se litiga (que son ocho)* siendo cierto, que en vida del susodicho, y a el tiempo de su muerte, que fue el año de 605. y a el de la de Christoual Marrufo, que las dexô, que fue el de 615. no eran mas que vnas, hasta que mucho tiempo despues las labrô, aumentò, y hizo siete, y la cochera, Don Francisco, como està verificado, sin cosa en cõtrario.

31 ¶ Et sic, faltando a la verdad, en esto se presume auerlo hecho en todo lo demas, por lo indiuiduo del juramento, *cap. fraternitatis*, vbi Felin. *num.2. de heretic. l. si ex falsis, C. de transact.* & illic DD. Felic. *allegat.* 46. *numer.* 39. Gabr. *tit. de crimin. conclus.* 4. Guaz. *defens.* 25. *cap.* 1. *à num.* 23. Farin. *cons.* 110. *num.* 1. Giurb. con muchos *cons.* 91. *num.* 25.

32 ¶ Lo quarto. Porque si la donacion destas casas *fue para el casamiento de don Pedro*, como se dize en la quarta pregũta, y refieren los testigos, es precisso que se hiziera antes del año de 1600. poco mas a menos (segun la fee del Bautismo de la otra parte, que fue el de 603.) conque dichos testigos entonces vnos no eran nacidos, otros serian de ocho hasta diez años el que mas, en cuya edad no era posible entẽder que era *donacion, que vinculo, que arrendamientos, ni librãças*, y lo demas que refieren, &c.

33 ¶ Ad text. *in l. Pupillus 9. ff. de acq. hæred.* ibi: *Neque enim scire, neque discernere talis ætas potest, non magis, quam furiosus, l. 1. C. de fals. monet.* ibi: *Quia ætas eorum quid videat ignorat.* Gratian. *discept. cap.* 562. *numer.* 34. ibi: *Maximè, quia deponit, quod erat nouem annorum, quando dictam mortem audiuit à matre, vnde nihil probat de ijs, quæ etiam vidisset, nec dũ audiuisset in infantili ætate*; multos adducit Mascard. *conclus.* 1252. *num.* 77.

34 ¶ Paris. *cons.* 107. *num.* 63. ibi: *Alterius aduertendũ est, quod aliqui testes ex aduerso producti, deponunt de ijs, quæ viderunt in minore, & puerili ætate, quo casu fidem non faciunt, ex quo illa, super quibus deponunt non erant talia, quæ probabiliter in ipsorum mentem, & commissionem cadere possunt, & quæ ipsi scire potuissent, isti sunt Matheus, & Archangelus deponentes*

tes de gestis retro annis 20. & ipsi non habent, nisi 28. aut 30.

35 ¶ Lo quinto. Porque el hecho de la donacion, que se pretende huvo destas casas, y arrendamientos, que dellas quiere D. Christoual hiziesse su padre, tiene de antiguedad hasta el examen de los testigos cerca de 60. años: conque no caue en discurso humano, que estos puedan acordarse, para referir con tanta indiuidualidad, y expresion lo que afirman, quando por el trancurso de tiempo se presume oluido: optimus text. *in l.* 3. §. 1. vers. *Finge, ff. de Carbon. edict.* ibi: *Finge esse testes quosdam, qui dilata controuersia, aut mutabunt consilium, aut decedent, aut propter temporis interuallum non eandem fidem habebunt*; vbi gloss. verb. *nō eandem*, inquit: *Quia non est, quod de tam longo tempore, sic recordentur, sicut de recenti.*

36 ¶ Y segũ opinion comũ, per decennium præsumitur obliuio, Gloss. *in l. licèt, C. de adq. posses.* Socin. Sen. *cons.* 38. *nu.* 8. vers. *Nam per decennium*, Gozad. *cons.* 9. *numer.* 25. Marsil. *cons.* 20. *à num.* 23. latissimè Tiraquel. *de præsumpt.* §. 3. *gloss.* 4. *in fin.*

37 ¶ Maximê quando no es hecho egregio, singularissimo, y tal, que por si traiga recomendacion para con la continua repeticion, quedar viuo en la memoria, vt notant Felin. *in capit. in nostra, de rescript.* Socin. Sen. *in cap. quoniam frequenter, n.* 7. vers. *Tertio fallit, vt lit. non contest.* Barbac. *cons.* 29. *numer.* 8. *in fin. lib.* 1. Capic. *decis.* 69. *num.* 15. Menoch. *de arbitr. lib.* 2. *cas.* 26 *num.* 1. vbi & postea *numer.* 5. ibi: *Si habenda erit cognitio facti alicuius egregij, & memorabilis, in qua non ita modico tempore obliuio præsumitur.*

38 ¶ Lo sexto. Porque si huviera precedido *donacion de estas casas* a fauor de don Pedro Marrufo, y hecho arrendamiẽtos dellas en su vida, huviera su padre otorgadole escritura, como lo hizo en la de mejora de las principales de su morada, y heredad en la isla de Leon (en que no comprehendiò estas) y presentarâ la otra parte, alguna de arrendamiento si quiera, como aora lo ha hecho don Francisco, de las que adelante mencionaremos.

39 ¶ Y querer reduzir a probãça de testigos lo que ha de constar por instrumentos, induze presuncion de falsedad: sicuti animaduertunt Crauet. *cons.* 178. *num.* 5. Curt. Iun. *cons.* 74. *volum.* 3. Menoch. *lib.* 2. *præsumpt.* 91. *num.* 11. ibi: *Hucetiam pertinet, quod responderunt Curtius, & Craueta; cum dixerunt præsumi illum melam causam fouere, qui vult testibus probare, quod instrumentis probare non potest.*

40 ¶ Lo septimo. Porq̃ si fuera cierto el intento contrario, no huviera dexado passar tantos años, y a su vista, en la possession

sion destas casas à don Francisco, sin pedirlas judicialmente, como aora lo haze, cõ que le obsta el text. *in c. 1. de fregid. & maleficiat.* ibi: *Cur tandiù tacuisti? & l. si quis forte, §. 1. ff. de pœn.* ibi: *Nec enim debebat rem tam magnã tandiù reticere.* Roman. *cons.* 169. *num.* 3. Afflict. *decis.* 13. *numer.* 22. Menoch. *lib* 2. *præsumpt.* 91. *num.* 1. Crauet. *cons.* 28. *num.* 6. Castrens. *cons.* 282. *nu.* 3. Ossasc. *decis.* 117. *num.* 9. Morosc. *respons.* 17. *num.* 28.

41 ¶ Por cuyas causas, licêt los testigos fueran muchos, y concluyeran contextuales, quedãdo en todo a el arbitrio de los señores Iuezes, no deuen darles credito: ad text. *in l.* 3. *ff. de testib.* y mejor la *l. Lucius* 21. *ff. de his qui not. infam.* vbi Bart. communitèr receptus teste Felino *in cap. auditis, numer.* 23. *de præscript.* Decio *cons.* 91. *num.* 1. *& cons.* 105. *num.* 5. vers. *Scriptus pater.* Becc. *cons.* 52. *num.* 55. *lib.* 1. Menoch. *lib.* 2. *cas.* 90. *num.* 5. Seraph. *de priuileg. iuram. priuileg.* 38. *numer.* 9. vbi ex multis inquit: *Quia probationes fiunt iudici, in cuius arbitrio consistit omnis probatio, & ideo dicitur, quod si sibi videbitur non adhibebit fidem testibus, quamuis clarè deponant.*

42 ¶ Pinel. *in l.* 2. *C. de rescind.* 3. *part. cap.* 4. *numer.* 44. ibi: *Effectum probationis arbitrarium esse, vt scilicèt ex ratione, & alijs adminiculis possit iudex circunspectus recedere ab eo, quod testes (fortasse corrupti, vel decepti) asserunt.* Surd. *decis.* 105. *numer. fin.* ibi: *Probationes enim omnes sunt arbitrariæ; ita quod iudex potest non adhibere fidem testibus concludentibus.*

43 ¶ Pues solo la de inverosimilitud lo es legitima para ello, afirmanlo Felin. *in dict. cap. auditis, de præscript. numer.* 23. ibi: *Et dicunt in l. Lucius, quod quando testes non deponunt verisimile, potest iudex eis ex causa fidem non adhibere.* Curt. Iun. *dict. cons.* 17. *num.* 6. ibi: *Iusta enim dicitur causa quando deponunt non verosimilia.* Roland. *cons.* 49. *num.* 44. *vol.* 4.

44 ¶ Crauet. *cons.* 75. *num.* 22. *in princ.* ibi: *Quod testes instrumentarij sunt suspecti, deponentes rem nullo modo verosimilem;* y refiriendo à Bart. *in dict. l. Lucius*: y lleuando lo mismo concludit, ibi: *Iusta autem causa non credendi talibus testibus, dicitur, quod deponunt rem non verosimilem:* quanto mas cõcurriendo tantas.

45 ¶ Lo octauo. Porque quando lo antecedente faltara, adhuc considerando atento lo que dichos testigos refieren, no puede induzirse dellos prouança del dominio en estas casas. Porque era necessario que concluyeran, que Christoual Martinez le hizo donacion de ellas a don Pedro su hijo, que este se halló presente, y la aceptô, que le entregò la escritura, e intervinieron los demas re

quisi-

quisitos que piden las leyes 17. & 44. *Taur.* para hazerle irreuocable de padre a hijo.

46 ¶ Et generalitèr que solo la escritura de donacion, sin tradicion de la cosa, y possession subsequente della, ex parte donatarij, non probet dominium, *l. traditionibus 20. C. de pact. l. si ager, ff. de rei vindic. l. traditio 20. de adq. rer. domin. l. nunquam 31. ff. de adq. rer. dom. l. qui tibi, C. de ijs, qua à non domin.* arg. *l. cum res, C. de probat.* Afflict. *decis.* 14. *nu.* 8. Mascard. *de probat. conclus.* 541. *num.* 7. Cardos. *in prax. aduocat.* verb. *dominium, num.* 3. *in fin.* & 4. Verall. *dict. decis.* 280. *num.* 1. & 2.

47 ¶ Conque sin llegar a discurrir por otras consideraciones, y defensas, que las que nacen, y se coligen de la mesma probança contraria, parece quedar desvanecido este primero medio.

48 ¶ Verûm para mayor convencimiento del, y credito de la justa defensa de don Francisco, en orden a la certeça de q̃ dichas casas nunca fueron de don Pedro Marrufo, ni se las donô su padre, lo demonstramos ex sequentibus.

49 ¶ Tûm. Ambas partes confiessan, y tienen prouado auer sido del dicho Christoual Marrufo, conque se presume la cõtinuacion de su dominio, y possession en el, *capit. præterea el 2. de transact. l. siue possidetis, C. de probat.* Abbas *in dict. cap. præterea.* Socin. *cons.* 187. *lib.* 3. Corn. *cons.* 9. *libr.* 3. & *cons.* 23. *libr.* 4. Roman. *cons.* 329. *in fin.* Alex. *cons.* 133. *lib.* 1. & *cons.* 80. Pacian. *libr.* 2. *de probat. cap.* 38. *num.* 37. Alciat. *regul.* 2. *de præsumpt. præsumpt.* 20. & 21. Mascard. *de probat. conclus.* 551. *à num.* 1.

50 ¶ Tûm. Estãdo en Inglaterra Christoual Marrufo, dõde lo lleuò prisionero el enemigo Ingles, quando saqueô a Cadiz año de 1596. embiò desde allà vnos memoriales de las deudas que dexô, y dote que auia recebido, y de la hazienda que posseia en Cadiz, que la vna es su fecha año de 598. y entre otras possessiones pone, *las casas que tiene en la plazuela de Marrufo, frontero de las principales*, con sus linderos, patet fol. de lo compulsado.

51 ¶ Que en hecho antiguo, como este, prueban memoriales simples, escritos por los padres, sicuti para filiacion de sus hijos, lo notan en terminos Bald. *in l. neque natales, C. de probat. num.* 2. Salicet. *in l. etiam, ff. eod.* Paris. *cons.* 10. *num.* 58. Mandel. Albens. *cons.* 83. *num.* 13. Peregrin. *de fideicomm. art.* 43. *num.* 86 Dom. Castill. *lib.* 6. *cap.* 123. *num.* 10. Dom. Solorçan. *libr.* 1. *cap.* 26. *num.* 34. *tom.* 2.

52 ¶ Tûm. Auiendo buelto del cautiverio a Cadiz el año de 99 hizo la mejora de tercio, y quinto a D. Pedro su hijo de las casas principales, y heredad de la isla de Leon, *con reserua de vsu-*

fruc-

fructo, sin comprehender aquestas del pleyto.

53 ¶ Tùm. Et magni momenti, el año siguiente de 601. en primero de Febrero, por escritura publica, dicho Christoual Marrufo diô en arrendamiento *estas casas*, expressando los linderos, *que dixo tenia en la plazuela de Marrufo*, por algunos años.

54 ¶ Y en continuacion desta possession, en 9. de Iunio del año siguiente de 604. las arrendô tambien por vn año, *con la mesma relacion de ser suyas*, obligandose en esta, y en la antecedē-te escritura los inquilinos, a pagarle la renta, viuiendo todauia su hijo don Pedro, *que muriò el siguiente de 605*.

55 ¶ Cuyos contractos de locacion bien descubren. Lo vno, el no auer dado Christoual Marrufo a D Pedro dichas casas. Y lo otro, que verifican con las demas circunstancias, y adminiculos en hecho antiguo el dominio dellas en su padre, Bart. *in l. ad probationem, C. de locat.* Alex. *cons.* 12. *num.* 3. *lib.* 4. Decius *cons.* 146. *numer.* 14. vers. *Et licèt per instrumentum locationis.* Socin. *cons.* 89. *num.* 11. *libr.* 1. Paris. *cons.* 104. *ex numer.* 82. *& cons.* 27. *nu.* 25. *libr.* 1. Felin. *in cap. inter dilectos, num.* 8. vers. *Item secus, de fid. instrum.* Crot. *cons.* 34. *à num.* 11. Petr. Barbos. *in l. si alienam* 12. *num.* 73. vers. *Non obstat tertium, ff. solut. matrim.* Alvar. Valasc. *de iur. emphit. quæst.* 9. *num.* 16. Brit. *de locat. ad text. in cap. potuit, §. vltim. de locat. & conduct. num.* 13. Menoch. *de præsumpt. libr.* 6. *præsumpt.* 63. *num.* 14. Carroz. *de locat. & conduct. §. de probatione, quæst.* 12. *limit.* 5.

56 ¶ Tùm. Porque no solo arrendandolas, pero en testamento *cerrado*, q̄ despues hizo dicho Christoual Marrufo (muerto yâ don Pedro su hijo) por Otubre de 614. declarô entre otros bienes por suyos, que posseia *estas mesmas casas*. Y aunque postea se abriò, y no muriò baxo del: adhuc sufficiens est, para demonstrar esta circunstancia: argum. text. *in l. fin. ff. de reb. cor.* vbi Bart. Boer. *decis.* 172. *à num.* 21.

57 ¶ Tûm. Et notatu dignissimum. Despues yâ proximo a morir en 20. de Iunio de 615. otorgò otro testamento, y en el dize, que para conformar a sus hijos en la particion que auian de hazer de su hazienda, y que se igualen, conforme lo recebido, y especificando *lo que a cada vno auia dado en su vida*. No puso q̄ a don Pedro le donasse quando se casò, ni despues estas casas, sino mēciona *la mejora en las principales, y heredad de la isla, y otras partidas*, de quibus infra.

58 ¶ Y passando adelante a declarar la hazienda que dexaua en ser, *pone por suyas estas casas del pleyto.*

C Dc-

59 ¶ Demonstracion tan clara, que dexa el animo totalmente quieto, para creer que es infalible esta confession, por ser de padre para sus hijos, y herederos, assistida de tantas circunstancias verisimiles, como se han advertido, a que se ha de estar, vt cũ Cyn. *in Auth. hoc ius porrectum, C. de sacos. Eccles.* Bald. *cons. 252. in medio.* Surd. *decis. 107. sub num. 6. & 7. & decis. 135. à num. 4. & cons. 290. num. 46. & seqq. lib. 2.* Dom. Castill. *lib 5. controuers. cap. 111. num. 11. & antea à num.* 10. vbi alios plurimos congerit.

60 ¶ Tùm denique. Porque tiene mas D. Francisco grã numero de testigos, mayores de toda excepcion, que concluyen auer sido estas casas del dicho Christoual Marrufo, y posseidolas hasta su muerte, que juntos con dichas presumpciones, escrituras de arrendamiento, testamentos, y las demas dexan el punto sin disputa, Bald. *in cap. causam, de probat. num. 1. & 2.* Specul. *tit. de disputat. & allegat. aduocat. §. 3. num. 2.* Iass. *cons. 114. num. 23.* illic: *Testium enim fides confirmatur per instrumentum, & præsumptiones, & ex cõiũctione testiũ, & instrumẽtorũ fit aliquid liquidũ.* Mãdel. Albẽs. *cõs. 155. n. 7.* Rot. *diu. 1. p. decis. 490. n. fin.* Zeph. *cõs. 261. nu. 16. lib. 2.* Et sic cõcludimus, quedar desvanecido sin substancia, ni fundamento el dicho primer medio cõtrario.

SEGVNDO MEDIO contrario.

61 CОntinua en su demanda Don Christoual, diziendo: *Que auiendo el quedado por muerte de don Pedro su padre en la edad pupilar, y en la tutela de Don Francisco su tio, este se apoderò de toda su haziẽnda, y entre ella de esta isla de casas. Y assi lo tiene confessado su tio, y tutor, por vn testamento que otorgò el año passado de 649. supr. num. 3.*

62 ¶ Para cuya comprouacion lo ha presentado, donde en vna clausula del dize Don Francisco: *Declaro, que vna isleta de casas que està en esta Ciudad, en la plazuela de los Marrufos, que quedaron por muerte del Capitan Christoual Marrufo mi padre, de cuyos frutos he gozado desde que muriò, son, y pertenecen a el Capitan Christoual Marrufo mi sobrino, por legitima de don Pedro Marrufo su padre, y como bienes sueltos, que para ello quedaron. Porque los que ha lleuado son vinculados; y assi mando se le bueluan enteramente, como cosa que le pertenece.*

63 ¶ *Puesto que quando yo las recebi tenian poco valor,*

lor, y con el tiempo, y reparos que les he hecho, tienen aora aumentos: por lo qual encargo a el dicho mi sobrino, que por el acrecentamiento que tienen, se aya bien con sus primas, mis hijas, y herederas, dandoles alguna refaccion, por ser pobres.

64 ¶ Del qual induze Don Christoual confesion clara, para verificacion del dominio de ellas, y que se le ayan de restituir por tres fundamentos.

65 ¶ El primero. Porque auiendola hecho estando grauado de la enfermedad que padecia, con temor de la muerte, y por discargo de su conciencia, tiene fuerça de contracto irreuocable, en cuya virtud las puede pedir, aunque aya convalecido, y reuocado dicho testamento.

66 ¶ El segundo. Porque este se otorgò *estando presente don Christoual* (assi lo ha verificado con testigos) cuya presencia induze aceptacion, aunque no interviniesse expressa por escrito, por serle fauorable.

67 ¶ El tercero. Porque se halla assistida esta declaraciõ de otra, que tambien hizo en su testamento doña Catalina Marrufo, hermana, y tia de las partes, y de testificaciones del Padre Iuan de Ardinez, de la Compañia de Iesus, y de otros testigos, que vna, y otras se expressaran adelante.

68 ¶ Verùm. Sin embargo les daremos satisfacion, nostro videri, concluyente, en orden a mostrar, que dicha confesion no es bastante a induzir obligacion, ni en su virtud pedir en su vida à don Francisco dichas casas, y mas auiendo reuocado el testamento, ni a induzir dominio dellas, para la reivindicacion intentada.

69 ¶ Y que quando incumbiera à esta parte el verificar aver sido erronea, siniestra, y contraria à la verdad del hecho, esta confesion, y la causa que en ella refiere, lo ha hecho plenissimè, y lo mesmo en quanto a la de la dicha Doña Catalina, y deposiciones de los testigos.

PRIMERO FVNDAMENTO contrario.

70 AVnque muchos DD. afirman, que la declaracion fecha en testamento, *en que vno confiessa ser deudor a otro*, induze obligacion, y cõtracto irreuocable, sicuti ademas de algunos antiguos, notant Rebuff. *ad constitut. Gall. tract. de chirograph. art. 2. num.* 45. & alijs congesti à Sylva *de salar. famil. q. 30. n. 8. vsq. ad* 13.

Maxi-

71 ¶ Maximè, si fuere en el articulo de la muerte, quo casu, neque hæres poterit illum impugnare, *gloss. magna, in l. 1. vers. Item, & alia ratione, C. de fals. caus. adiect. legat.* vbi Bart. *num. 2. & 4.* Felin. *in cap. si cautio. numer. 54. de fid. instrument. nu. 2.* Eman. Costa *in l. si ex cautione, limit. 12. C. de non numer. pecun.* Carroc. *decis. 90. num. 7.* Sylv. *dict. quæst. 30. num. 15.*

72 ¶ Y para discargo de la conciencia, *cap. fin. de success. ab intest.* Gloss. *in l. 1. verb. apud iudices, ff. de interrogator. action.* Bald. *in l. generalitèr, quæst. 10. nu. 15. C. de non numerat. pecun.* Petr. *de fideicomm. quæst. 13. num. 293.* Carroc. *dict. decis. 90. n. 9.* Sylv. *dict. quæst. 30. num. 14.* vbi alios congerit.

SATISFACIONES A ESTE PRIMER fundamento.

73 REspondemos. Lo vno, que hasta aora nuestro cuydado no ha descuvierto texto en el derecho antiguo, en que se pueda fundar, que la declaracion hecha en testamento, licêt in articulo mortis, & ad exonerationem concientiæ, sea poderosa à hazerla irreuocable, y que en vida del que lo otorgô se le pueda pedir la cantidad, ô cosa que confessô deuer, y ser agena, para que ocasionasse a que en perjuyzio de los hijos, con encarecimiento de que lo hazian por discargo de su conciencia, ù con otras relaciones, y pretextos que formassen, se abriera la puerta â defraudarles sus legitimas, y a mayores inconvenientes.

74 ¶ Solo he hallado la resoluciō de la *l. Lucius, §. quisquis, de legat. 2. & l. Lucius, §. Semproniæ, de legat. 3. & l. Aurelius 29. §. quidam 13. in fin. ff. de liber. legat.* Disponentes, que semejantes declaraciones, muriendo baxo dellas, los que las hazē valgan en fuerça de legados, ô fideiconmissos.

75 ¶ Et licet text. *in l. cum quis decedens, §. codicilis, de legat. 3.* resuelve, que a la confession del testador, en que afirmò auerse depositado en êl cierta cantidad, que mādò restituir, se aya de dar credito. Esto fue por auerla hecho con juramento, ibi: *Ita enim patruo suo iurabit:* & postea concludit: *Respondi, ex his, quæ proponerentur, cum ius iurandum dedisse super hoc testator affirmauerit, credenda est scriptura.*

76 ¶ La *gloss. vlt.* de la *l. hæredes palam, §. fin. ff. de testament.* que permite vender, ò donar en el testamento, viene a ser cō circunstancia precissa de assistir, y aceptar juntamente el comprador, ô donatario, conque se reduze a contracto entre viuos, ibi: *Itē, quid si in testamēto dicā vendo, vel dono tibi rē talem, pro cētum, & tu consentis? Respondes, valet venditio.* Ni

77 ¶ Ni de nuestro Reyno adsunt tampoco mas que la *l.2.tit.7.de las confessiones,lib.2.for.*y la 3.*tit.*8.*lib.*3.*Ordinam.* reduzida à la 2.*tit.*16.*lib.*5.*Recop.*ibi:*Que en qualquiera manera que parezca que vno se quiso obligar a otro , quede obligado, pareciendo que se quiso por contracto,ù en otra manera.* Y la prematica nueua,sobre la paga de salarios de criados, y a ley recopilada,quæ est *l.*10.*tit.*15.*lib.*4.ibi:*O por confession de la parte,hecha en escritura publica,ò judicialmente*: que ninguna dize, *confession en testamento.*

78 ¶ Sobre cuyas inteligencias,los DD. antiguos disputando la question por el derecho comun,y los nuestros del Reyno, assi por èl,como por las leyes recopiladas fueron de diuersos pareceres:vnos,por la sentencia contraria,con ponderaciones de algunas circunstancias,que no convienen a nuestra especie.

79 ¶ Pero Bart.*in dict.l.cum quis decedens* 35.§.*codicillis*,entrando en la materia , *numer.*1.y oponiendose de algnos, *in l.generalitèr , C. de non numerat. pecun. vsque ad* 3.postea *num.*4.satisfaciendolos representa estos inconvenientes,ibi:*Praeterea,testator secundum hoc,posset priuare filium legitima, confitendo alijs se debere, quod sufficit, & sic aperiretur via malitijs. Prætérea si hoc esset verum omnes leges , quæ dicunt, quod ex tali confessione inducatur fideicommissum,male dicerent ; quia tunc demum posset induci fideicommissum,quando de debito non consitat,sed secundum hoc constaret de debito ; ergo non debet induci fideicommissum,quod tamen est falsum,l.si creditori.ff.de legat.*1.

80 ¶ Siguenlo Alber.Bald.Castr. Imol.cum Surd. *decis.* 285.*n.*5.Sim.de Præt.*de interpræt.vltim.vol.interpræt.*2.*fol.*2.*nu.* 160.Mant.*de coniect.vlt.vol.libr.*10.*tit.*4.*num.*2.Trentacinq.*var.libr.*3.*resol.*20.*numer.*18.Tiraquel.*de priuil.caus.piæ, priuileg.*117.

81 ¶ De nuestro Reyno , y con conocimiento de las leyes dèl,Montalvo *in dict.l.*2.*tit.*7.*libr.*3. *For.* vers. *Bart.*cuius verba ad litteram transcripsit,& eum sequitur.

82 ¶ Anton.Gom.*tit.de legat.num.*81.dize: *Item quæro,an, & quando confessio debiti,facta in testamento, vel codicillis probet,vel inducat legatum,vel fideicommissum? Et magistralitèr, & resolutiuè dico,quod non probat debitum , & sic non posset ille,in cuius fauorem emanauit confessio,agere ex debito, & probare per illam confessionem,nisi verè , & realitèr probaret per legitimas probationes publici instrumenti , vel testium ,sed illa confessio resoluitur in legatum, & fideicommissum ex tacita mente defuncti, & potest peti,tanquam legatum, & fideicommissum.*

 Y re-

Y refiere la l. *Lucius, la 2.* §. *quisquis el 2. de legat. 2. & dict. l. Lucius,* §. *Sempronius, de legat. 3. & l. si sic,* §. *1. de legat. 1. l. cũ scriptum, de dote prælegat. l. legat.* §. *fin. eod. l. qui testamentum ff. de probationibus, & l. 2. & 3.* & per totum titulum, C. *de fals. caus. adiect. legat.* Surd. *cons.* 169. *per tot.* Marescot. *libr. 1. var. cap. 48. à numer. 7.*

83 ¶ Avendañ. *de exeq. libr. 2. cap. 29. num. 10. in princ.* Gutierr. *de iurament. confirmat. 2. part. cap. 6. num. 5.* Idem *lib. 3. practic. quæst. 96. à nu. 1.* explicando las palabras, *dict. l. 2. tit. 16. lib. 5. Recopilat.* y oponiendose de Rebuff. quem retulimus *supr. nu. 70.* firmitêr hanc sententiam defendit. Rodriguez *de execut. capit. 1. art. 2. numer. 41.* Dom. Castill. *lib. 5. controuers. cap. 111. numer. 12.* Dom. Mench. *de success. & creat. lib. 1.* § *9. numer. 30.* Dom. Salgad. *in labyrint. 3. part. cap. 13. à numer. 20.* vers. *Hinc pater;* multos referens Ayllon, ad Anton. Gom. *in dict. tit. de legat. num. 78.* D. Vel. *dissert. 42. à nu. 1.* con muchos.

84 ¶ De que se infiere, que pues en nuestra especie no huvo *juramento*, ni menos ay palabra en la confession, que diga, *por discargo de mi conciencia*, y aunque la huviera, no fuera bastãte, porque esto se entiende quando se haze in foro sacramentali, sicuti ex *capit. fin. de success. ab intest. & parrochiano, de sepultur. & cap. quamquam, de vsur. lib. 6. & cap. quod cordis 1. quæst. 7.* notat Salicet. *in dict. l. generalitèr, num. 13. in fin.* ibi: *Et tunc rebocari posit, quia habet vim simplicis legati, cum substantialia contractus, vel quasi deficiant, nisi emanasset in foro pœnitentiali, quia tunc forte compelletur implere.*

85 ¶ O prouandose la deuda, sicuti cum Felin. Aretin. & Ruin. animadvertit Surd. *cons. 169. num. 8.* ibi: *Veluti quando facta esset pro exoneratione conscientiæ. Nam & si hæres teneatur consciẽtiam defuncti exonerare, & debitum defuncti soluere, tamen est verum hoc quando debitum probatur, vt dicet Ruin.*

86 ¶ Y lo principal, y que mas fuerça haze, no auer muerto don Francisco de aquella enfermedad, antes, si, luego que se hallô libre della reuocô luego el testamento. Parece dura resoluciõ, que en virtud de confession hecha en êl, se le pida en su vida, como se ha intentado, quod nequaquam erit ferendum, sicut tenẽt.

87 ¶ Gutierr. *de iuram. confirmat. 2. part. cap. 1. nu. 10. & libr. 3. practic. quæst. 96. à numer. 1.* præcipuê *numer. 3. & 4.* Azeved. *in dict. l. 2. tit. 16. lib. 5. nu. 16.* Hermos. *in dict. l. 9. tit. 1. gloss. 7. nu. 44. in fin.* Gomez Bayo *in praxi*, verb. *confessio, n. 32. & 38.* remitiendose a Parlador, y a Gutierr. videndi.

SEGVN-

SEGVNDO FVNDAMENTO contrario.

88 ESte es en el que mas se cargarà la consideracion, diziendo, que don Christoual se hallò presente al tiempo que don Francisco hizo la confession en el testamento, y aunque no la aceptô, respecto de resultar tan en su fauor, se ha, y deue tener por acetada: sic vno verbo supponit Bart. *in dict. §. codicillis, l. si quis decedens de leg. 3. num. 5.* & in confessione extraiudiciali fuera de testamento, refiere muchos Geron. Gabr. *lib. 1. commun. titul. de confess. conclus. 2. num. 1.* Ioseph. Ludouic. *decis. Perus. 9. num. 9.*

89 ¶ Et iure Regio, *ex l. fin. tit. 13. part. 3.* ibi: *Estando la otra parte delante, ò su personero*, Dueñ. *regul. 119.* incipit: *confessio extraiudicialis, limit. 1.* Gutierrez *de iuram. 1. p. c. 54. num. 20.* vbi latê.

90 ¶ Pero sin embargo la contraria sentencia; de que no baste sola la presencia, si no interuiene acetacion expressa de el, a cuyo fauor resulta la confession, es mas seguida, y cierta. Porque ad hoc, vt verè dicatur confessio, necesse est, vt vterque loquatur, tam ille, qui confitetur, quam qui confessionem acceptat: argum. *l. fin. ff. de interrogator. action.* Et Palac. Rub. infra.

91 ¶ Expressê Ias. *in l. error, C. de iur. & fact. ignor. n. 3* Alexand. *in l. 3. C. de repud. hær. num. fin. & cons. 112. lib. 3. n. 12.* Gabriel *dict. commun. tit. de confess. conclus. 2. num. 1.* vbi multos cumulat.

92 ¶ Cin. *in Rubr. C. de confess. num. 7.* ibi: *Veritas est, quod eo præsente, & aduersario, confessionem recipiente, debet omitti, confessio aliàs non valet.*

93 ¶ Salicet. in *l. generaliter, C. de non numer. pecun.* distingue muy a el proposito de nuestro caso entre confessiō fuera de testamento, ò la que se haze en el, que por ser este de su naturaleza reuocable, necessita, no solo de presencia; pero de expressa aceptacion del interessado: & sic concludit *num. 3.* in medio, ibi: *Sed quod isti dicunt parte præsente, intelligo, idest, ad eius instantiam, & eo acceptante, & recipiente:* Idem Salicet. *in l. iubemus, C. de lib. caus. num. fin.*

94 ¶ De los nuestros Palac. Rub. *in cap. per vestras de donationibus inter. fol. mihi 422. notab. 4. num. 39.* ibi: *Sed certè confessio expressè facta, etiam parte præsente, non tamen acceptate, non nocet, & quod in confessione vltra præsentiam requiratur*

tur acceptatio; notat Salicet. in l. generaliter, vbi se sepius affirmat consuluisse, & ita tenuisse. Dicitur enim confessio quasi simulfasio, quia vterque debet loqui, tam ille qui confitetur, quã ille, qui confessionem acceptat. Et nõ sufficere, quod testes dicant confessionem esse factam parte præsente, nisi dicant, & ea instante, & præsente, & confessionem acceptante.

95 ¶ Auendañ. *de exeq. libr. 2. cap. 29. num. 10. vers. Secunda conclusio,* ibi: *Secunda conclusio est, quod confessio testatoris, licet non probet debitum ex sola vi, ipsius confessionis, tamen si ex modo confitendi colligitur, quod testator voluit contrahere, valebit in vim contractus, & confessionis inter viuos: potest enim in testamento fieri contractus, vt in l. hæres palam, §. fin. vbi gloss. ff. de testament. ideò facta confessione testatoris, & acceptatione sequuta præiudicat testatori, & iure Regio id probatur in l. 3. tit. 8. lib. 3. ordinam.* ibi: *Con qualquier manera que parezca que vno se quiso obligar a otro.* Et ibi: *Pareciendo que se quiso obligar por contracto, ò en otra manera: nam ista manera potest intelligi, & verificari in testamento, quo condito potest sequi postea acceptatio, à parte, antequam testamentum reuocetur, vt probant verba eiusdem legis, dicentia (que fue el contracto, ò obligacion entre absentes) nõ enim dicit, absentes: quia duorum consensus requiritur; & sic lex loquitur plurali numero, ex quo innuit, quod requiratur acceptatio, &c.*

96 ¶ Rodriguez *de execut. cap. 1. art. 2. num. 41.* vers. *Cæterum, de confession. iud.* ibi: *Cæterum si confessio facta per testatorem in fauorem alicuius acceptetur per illum, quãdo ex modo confitendi colligitur, testatorem voluisse contrahere; in hoc ergò casu cum testator suam voluntatem expressisset per verba confessionis, & non alio modo talis confessio valebit in vim contractus, & confessionis inter viuos, vnde facta testatoris confessione, & acceptatione sequuta, præiudicabit testatori.*

97 ¶ Ioann. Gutierr. aunque lo citamos supr. *num. 89. de iuram. 1. part. cap. 54. num. 20.* se advierte, que desde alli parece habla de confession fuera de testamento. Pero en la hecha en testamento, siempre fue de sentir, que para auer de poder convenir por ella se requiere, no solo presencia, pero acetacion.

98 ¶ Asi lo dixo en el *num. 19.* antecedente, in fin. ibi: *Adde, quod confessio facta in testamento, parte præsente, & acceptante, habet eundem effectum irreuocabilem, quem habet confessio inter viuos.*

99 ¶ Declarose mas despues en la 2. *part. de iurament. cap. 1. num. 9. in fin.* ibi: *Nec existimo ego hodie attenta dict. l.*

Regia

Regia vllum modũ inueniri, aut excogitari posse, quo fieri possit testamentum omnino irreuocabile, intelligo in vim testamẽti: nã in vim contractus benè poterit irreuocabiliter habere quãdo contractus, sicut potest, celebratur in testamento. Præcipuè si confessio facta per testatorem in fauorem alicuius acceptetur per illum, quando ex modo confitendi colligitur testatorem voluisse contrahere, vt tenet, & probat Auendañ. 2. *part. capit. 29. num.* 10. & 11.

100 ¶ Bolviolo a repetir en el *cap. 6.* siguiente, *num. 5. in fin.* ibi: *Sed hæc ratio non est vera, quia confessio facta in testamento, non est contractus, nec quasi, nisi quando pars est præsens, & acceptans.*

101 ¶ Et denique *in dict. quæst. 96. lib.* 3. que escriuiò, despues lo dispuso, y dixo, *numer.* 10. *Non obstant fundamenta Rebuff. quia confessio facta in testamento simpliciter de debito, non est contractus, nisi quando pars est præsens, & acceptans, vel si ex modo confitendi colligatur, quod testator voluit contrahere, quia tunc valebit in vim contractus, & ideò emissa hac confessione, & acceptatione sequuta præiudicat testatori.*

102 ¶ La razon es concluyente. Porque la declaracion hecha en testamento, siempre està sugeta à el acto de vltima voluntad, en que se halla, y por êl se regula, *l.* 1. §. *si quis sub condictione, ff. vt lega nomin. cab.* Surd. *dict. cons.* 169. *num.* 7. Y assi, para mudar esta naturaleza, y que passe a contracto irreuocable, necessum est, que intervengan todas las solemnidades, y requisitos que el derecho pide para ello.

103 ¶ Quod in tantum est verùm, que aunque el testador diga que sino valiere iure testamenti, valeat vti donatio inter viuos, y la parte se halle presente, sino acepta, reuocato testamento cẽsebitur, etiam reuocata donatio, Bald. *in l. hæredem palam, §. fin. ff. de testam. num.* 2. ibi: *Ex prædictis apparet, si testator dicit, quod si non valet iure testamenti, valeat, vt donatio inter viuos, &c. Et est illi præsens pars, & consentiens: nam aliter non posset valere, vt iust. de testament. dico, quod ista clausula, valet per istam glossam, saluo si reuocetur testamentum per pœnitentiam: quia tunc derogantur istæ clausulæ, ne libera testamenti factio impediatur.*

104 ¶ Siguenlo Imol. y Aret. *in dict. l. hæredem palam, §. fin.* quos refert Natta *in Authent. hoc inter liberos, de testamẽtis, num. 67.* Surd. *dict. cons.* 169. *num.* 7. Fontanel. *dict. decis.* 88 *à num.* 14. præcipuè *num.* 16. Gratian. *discept.* 116. *num.* 54. ibi: *Si testator, etiam in præsentia partis dicat, quod si testamentum*

non valet, iure testamenti, valeat vti donatio inter viuos; tamen si contigat reuocari testamentum, sencebitur etiam reuocata donatio: dummodo talis confessio non fuerit acceptata per partes.

105 ¶ Tùm. Porq̃ la questiō q̃ mueuē los DD. es en confessiō extrajudicial, *fuera de testamento*, y auiendo Ant. Gabri. *dict. lib. 1. tit. de confess. conclus. 2.* referido la vna, y otra sentencia con autoridades de muchos, las reduze a concordia en esta manera: *Que siempre serà reuocable la confession, antes de la aceptaciō expressa.* Pero si no se reuoca, basta la presencia para adquirir derecho por ella.

106 ¶ Inquit *num. 2.* ibi: *Pro concordia opinionum dici posset, quod aut quaritur, quo ad reuocationem, id est, vt confessio posit reuocari, & tunc, requiritur expræssa partis acceptatio: aliàs semper poterit reuocari, & sic procedit prima opinio.* La qual fue, que no basta la presencia de la parte, si no interviene expressa aceptacion.

107 ¶ Et prosequitur, *n. 3. Aut quaritur, quo ad efectum, vt ex confessione dicatur, ius quæsitum parti, & tunc sufficit confessionem esse factam parte præsente, si sit fauorabilis.*

108 ¶ Y esta concordia teniendola por verdadera, la sigue, y aprueua, ipsemet Gutierr. *dict. cap. 54. de iuram. num. 21. in fin.* ibi: *Easdem secundas opiniones communes contrarias refert Anton. Grab. dict. conclus. 2. num. 2. & 3. ponit concordiā, quæ iure communi vera videtur.* Y refiere sus palabras a la letra.

109 ¶ Et cum Ant. Grab. & Rota Genuens. *decis. 212.* Fontanel. *decis. 258. numer. 27.* ibi: *Nec est necessaria acceptatio, nisi ad effectum, ne posit reuocari, prout est optimè apud Anton. Grab.*

110 ¶ Circunstancias ambas que concurren en el hecho de nuestro pleyto. La vna. Porque auiendo Don Francisco otorgado el testamento, en que hizo la confession *el dia 9. de Abril de* 1649. despues en 2. *de Mayo, siguiente de dicho año*, ante escriuano, y testigos lo *reuocò, y todas las clausulas del, sin reseruar cosa alguna, para que no valgan, ni hagan fee, como si no huuiera passado.*

111 ¶ Y la otra. Que no auia precedido *aceptacion* de parte de don Christoual Marrufo, sino tantummodo el auerse hallado presente a hazer el testamento.

112 ¶ Porque aunque en el juyzio possessorio, en la 5. pregunta, y en la Chancilleria, en el de la propiedad, en la octaua articulô, que no solo se auia hallado presente; pero que auia aceptado la confession, y dado las gracias a su tio.

En

113 ¶ En que depusieron el Licenciado Christoval Bernal, Presbitero, que fue instrumental, *que refiere auer dichole Don Francisco, alegrese V.m. que le quiero restituir sus casas, y le pido se aya bien con mis hijas, no pidiendoles la renta dellas, porque la he aumentado, y mejorado, y quedan pobres, y don Christoual le diò gracias, haziendo muestras de agradecimiento. Y que en quanto a las rentas, seria lo que sus primas quisiessen, y que con esto otorgò el testamento, y puso la clausula.*

114 ¶ Bernabe de Lemos, que escriviò, dize: *Que hecho el testamento don Francisco, llamò a su sobrino, el qual estando presente le diò los agradecimientos. Y le pidiò que se huuiesse bien con sus hijas. Y que se remite al testamento.*

115 ¶ Y Sebastian Garcia, escriuano, ante quien se otorgô: *Que auiendolo llamado para otorgar el testomento, hallò en el zaguan de la casa à don Christoual. El qual le dixo aduirtiesse a su tio, como estas casas eran suyas por herencia de su padre. Y que llegando a que declarasse sobre esto, don Francisco le puso algunas dificultades, y entonces saliò a llamar a don Christoual, el qual le fue reconuiniendo con razones, hasta que venciò a don Francisco, y hizo la declaracion, y don Christoual le diò las gracias, porque lo escusaua de pleytos.*

116 ¶ A estos testigos en el particular de la aceptacion, no se le deue dar credito. Assi por no convenir en lo indiuidual de ella, y estar encontrados, como de su inspeccion consta.

117 ¶ Como porque dicho Licenciado Christoval Bernal es forastero, enemigo de don Francisco, como està provado, y depuso lo que contiene, supr. *num.* 20. que es imposible, como verificamos, supr. *à num.* 30. *cum seqq.* y por lo indiuiduo del dicho ratione iuramenti ex congestis, supr. *num.* 31.

118 ¶ Y el escriuano, y su escriuiente son interesados en auer otorgado testamento de quien es pretension, no estaua en su juyzio, por la naturaleza de la enfermedad, y grauedad della en aquel tiempo, vt infra apparebit.

119 ¶ Y porque sobre lo que contiene esta octaua pregunta, cerca de la aceptacion, y gracias no ay peticion alguna en esta Corte a que corresponda, conque padece el vicio aduertido, supr. *num.* 26.

120 ¶ Lo otro, y digno de reparo. Porque auiendo acudido don Christoval ante la justicia de Cadiz, y pedido que el escriuano le diesse copia de la declaraciõ que su tio auia hecho en el testamento, con pie, y cabeça. Y con ira dicholo D. Francisco, por dezir la auia revocado, y que viuiendo èl no se podia dar.

Re-

121 ¶ Replicò por peticion don Christoval, diziendo se le deuia mandar entregar. *Porque fue confession que se auia hecho estando èl presente, que bastaua para en fuerça de contrato.*

122 ¶ Y por vn otro si della pidiò: *Que su tio declarasse con juramento, como era verdad, que estando malo del contagio fue a su casa, y le auia dicho, como no declaraua, que no auia recebido cosa alguna de su legitima, y que las casas eran suyas, y le pertenecian por su legitima*; sin extenderse a dezir que huviesse aceptado, ni dadole gracias por auer hecho la declararon.

123 ¶ Siendo asi, que estos autos passaron 20. dias despues del testamento, en tiempo que la memoria estaua fresca, el hecho presente. Y el articulo sobre la aceptacion, y gracias se hizo mas de ocho años despues, presumese, seria, cō maquinacion, preuencion, y fabrica para dar cuerpo a el intento, y que seiá falso, segun lo considerò Iustiniano *in Auth. de æqualitat. dot. cap. 2.* in hæc antea verba. *Quod enim ab initio factum est, in toto sine suspitione est. Quod autem postea, machinatum est contra creditores. Hoc ipso introducit meditatione, & ledi homines.*

124 ¶ Lo otro. Porque vemos, y la experiencia nos muestra, que quando ha precedido aceptacion a el tiempo del otorgamiento de la escritura, y es cierto, como parte tan substancial della. Delante de los testigos dize el escriuano: *y estādo presente, F. y auiendosela leydo, y entendido, dixo, que la aceptaua, y aceptò, y diò muchas gracias por ello.*

125 ¶ Quod deficit in præsenti, maximè, siendo necessario reduzir a escrito la tal aceptacion, con fee de escriuano, y testigos, como lo nota con Salicet. Palac. Rub. *in dict. per vestras limit. 4. num.* 40. illic: *Idem sentit, in dict. l. iubemus, C. de liber. caus. dum dicit cautelam esse, quod quando quis confitetur parte præsente, scribatur in actis, parte præsente, & acceptante.*

126 ¶ Et sic conuincitur no auer en la verdad interuenido aceptacion efectiua, y real, ni deuerse estar a dichos testigos, conque se ha satisfecho a el segundo fundamento contrario.

TERCERO FVNDAMENTO contrario.

127 ESte se reduce a otra declaracion que hizo en vn codicilo doña Catalina Marrufo, hermana, y tia de las partes, en que dixo: *Que estas casas son propias de don Christoual su sobrino, que las huuo, y heredò por legitima paterna, y asi lo oyò la otorgante dezir siempre a sus padres*

Bien

128 ¶ Bien se reconoce ser esta diligencia afectada de don Christoual, quando ni Doña Catalina era deudora, ni acreedora, ni miraua à descargo de su conciencia, hecha sin mandato de la justicia, ni como testigo, sin citacion, ni juramento en forma, facil de conseguir de su tia, teniẽdola tan ganada, y su voluntad, que lo *dexò por su heredero, y a don Iuan Antonio Fantoni Marruso, otro su sobrino (que es el que ha venido a esta Corte a la solicitud del pleyto)* por la otra parte.

129 ¶ Pero quorsum hęc? Supuesto que no puede aprouechar en cosa alguna à la otra parte, ni perjudicar a don Francisco, que es vn tercero, *l. Si eia mancipia, ff. ad Velei. l. duobus*, §. 1. *ff. de iur. iur.* vbi Iass. *numer.* 1. *Auth. de æqualit. dot.* §. *primum quidem*, vers. *Sin autem mulier. Auth. sed iam necesse, C. de donat. ante nupt.* Specul. *tit. de instr. adict.* §. *posthumo*, vers. *Sed nũ quid.* Cyn. *in l. vbi adhuc, quæst.* 12. *C. de iur. dot.* Afflict. *decis.* 245. *num.* 11. Surd. *cons.* 82. *numer.* 22. & 326. *num.* 13. Giurb. *decis.* 88. *num.* 3. Dom. Valenç. *cons.* 69. *numer.* 81. & *cons.* 86. *num.* 13. Noguer. *allegat.* 11. *num.* 17.

130 ¶ Y mas quando la propria declaracion se conuence de incierta. Lo vno, pues dize: *Que las casas son proprias de dõ Christoual, que las huuo, y heredò por legitima paterna*, dando luego la razon, illic: *Y assi lo oyò la otorgante dezir siempre a sus padres*, si dixera, *porque lo oyò a don Francisco*, podiala honestar, respecto de auer precedido la declaracion del testamẽto deste, aunque yà reuocada. Pero dar por autores a sus padres, que lo fue *dicho Capitan Christoual Marruso*, quando se piden por herencia deste las casas, no se compadece.

131 ¶ Y lo otro : *Por ser contraria à lo que la mesma doña Catalina, y Don Francisco Polanco su marido en su nombre articulò, y prouò el año de 15. en quanto a los bienes libres que auia lleuado, y tocaron a don Christoual en la particion de su abuelo, y no puso estas casas, mencionando los demas bienes: consta del testimonio vltimamente presentado.*

132 ¶ Conuencense tambien las deposiciones del Padre Iuan de Ardinez, en quanto afirma, que visitando a don Francisco el año de 40. ô 41. le dixo auia otorgado otro testamento *ante Diego de Soto, escriuano*, y en el declaraua, pertenecian estas casas a don Christoual su sobrino, por herencia de sus padres, y que se lo dixera, como lo hizo.

133 ¶ Y la de Andres de Aguinaco, que es el oficial de la pluma, en quanto dixo, que auia dos años y medio que don Francisco le auia pedido fuesse a su casa à buscar vnos papeles, y que auien-

auiendolo hecho, entre ellos hallò vn pliego, que començaua en forma de testamento, y abriendolo viò, que era vno *otorgado año de 39. ò 40. ante Diego de Soto, escriuano, donde estaua vna clausula, en que declaraua, que estas casas eran de su sobrino, y le tocauan, por herencia de su padre. Y que antes de acabarlo de leerse lo quitò, y dixo don Francisco, por aqui me quieren entrar.*

134 ¶ Constando por testimonio que se ha presentado, que diò *Francisco de Soto, hijo, y successor en el oficio de dicho Diego de Soto, en que dà fee, que ha visto los protocolos de los años de 639. 640. 641. y otros, y no ha hallado tal testamento.*

135 ¶ Y se califica mas lo siniestro destas asserciones, cō lo inverosimil de la de Andres de Aguinaco, en afirmar con juramento, que de solo auer leido vna vez a caso, y de priesa, sin acabar de leerlo aprehendiesse, *que era testamento, la fecha del, y ante que escriuano, y las mesmas, y formales palabras,* para explicar su tenor aora despues de tanto tiempo: veluti ex Gloss. *inc. cum persona,* verb. *integralitèr, de priuileg. in 6.* & Abb. *in capit. cum contingat, de fid. instrum. numer.* 1. vers. *Nota secundo.* Pareja *de instrum. adict. tit. 1. resolut. 3. §. 3. numer.* 114. ibi: *Neque enim ex simplici lectura instrumenti præsumitur audiens, vel legens plene instrui de consentis in eo, saltim eo modo, quo instructus fuisset, si apud eum diutius mansisset.*

136 ¶ Et tandem. Porque quando fuera cierto todo, estando reuocado, y sobreuiuiendo don Francisco, no es de vtil alguno, ni se deue atender a el, ex tot iuribus congestis *supr. à n. 73. cum seqq.*

137 ¶ Et sic tantum distat, que sean bastantes los fundamentos, por donde se ha querido verificar este segundo medio, en orden a prouar el dominio destas casas, que antes de las satisfaciones que a ellos, y a cada vno auemos dado, se demuestra lo contrario.

PONDERANSE OTROS MVCHOS medios contra la declaracion de Don Francisco, que excluyen totalmente a don Christoual.

138 QVando todo lo hasta aqui representado, cerca de la confession hecha por Don Francisco en el testamento, estuviera sujeto a falencias, ò arbitrio, no parece lo pueden quedar, con las consideraciones siguientes.

139 ¶ Tùm. El ver que estas casas pertenecientes a Don Christoual, no pende de hecho de Don Francisco, no, sino del derecho,

recho, por el titulo antecedẽte cõq huviere justificadolo, ad tex. in l. non epistolis, vbi Bart. num. 1. & l. non nudis, C. de probat. Roman. cons. 260. numer. 2. & cons. 390. numer. 3. Surd. cons. 5. numer. 42. illic: *Secundo respondetur, quod confessio, tunc nocet, quando continet factum, quod à potestate pendet confitẽtis, alias non.* Grammat. decis. 81. num. 6.

140 ¶ Ni menos puede transferir dominio de ellas en el susodicho, l. si quis, §. differentia, ff. de acq. poss. & affirmant in terminis Bart. in l. cum falsa, numer. 2. C. de iur. & fact. ignorant. Ruin. cons. 128. num. 18. volum. 2. Crauet. cons. 157. per tot. præcipuè post nu. 2. vers. *Ex qua confessione.* Mascard. conclus. 546. à num. 1. Pareja de instrum. adict. tit. 1. resolut. 3. §. 2. num. 79. con muchos.

141 ¶ Tùm. Todas las vezes que la confession repugna à la verdad, de ninguna forma obsta à quien la haze, y se deue juzgar por invalida, l. confessionibus, cum l. si is cuius nomine seq. §. fin. ff. de interrogator. actio. ibi: *In totum autem confessiones, ita ratæ sunt, si id, quod in confessione venit, & ius, & naturam recipere potest.* Roma. cons. 520. num. 10. ibi: *Primò, quia confessio repugnas veritati, iure ipso confitenti non obest, atque inualida iudicatur.* Corn. cons. 196. num. 18. ibi: *Et confessio repugnans veritati, neque ipsi confitenti præiudicat.*

142 ¶ Y lo mesmo si fuere erronea, l. error, C. de iur. & fact. ignor. l. non fatetur, C. de confess. l. 1. C. de fals. caus. adiect. l. si obligatum, C. de solut. Gloss. in cap. fin. de confess. Roman. cons. 390. per tot. præcipuê num. fin. Corneo cons. 229. nu. 3. volum. 2. ibi: *Et insuper confessio non nocet erranti.* Bart. in l. post mortem, de adopt. Menoch. cons. 1. num. 98. vsq. ad 100.

143 ¶ Maximê, la fecha en testamento, como en nuestro caso, Salicet. in l. generalitèr, num. 13. C. de non num. pecun. Afflict. decis. 44. num. 1. Cinus in l. error, C. de iur. & fact. ignor. Rebuff. in tract. de chirograph. art. 2. n. 45. Cotta in mem. lit. C. fol. 95. Mascard. conclus. 384. num. 6.

144 ¶ O quando contiene falsa causa, quæ viciat omnem dispositionem, en que se comprehende la confession, veluti ex Amendol. in Addit. ad Franch. decis. 1. à nu. 20. Pater Thom. Sanch. de matrim. lib. 8. disput. 21. quæst. 2. Gutierr. Can. libr. 2. cap. 15. à num. 14 Dom. Castill. tom. 6. cap. 172. à num. 27. Noguer. allegat. 20. num. 54. Cancer. 2. part. variar. cap. 8. nu. 95. Ciriac. libr. 1. controuers. 64. numer. 21. & alijs tenet D. D. Alf. de Olea de cess. iur. tit. 8. quæst. 1. à num. 3.

145 ¶ Conque omitiendo la disputa que se pudiera mo-

uer,

uer, sobre a quien incumba la carga de prouar el error, falsa causa, ò ser contra la verdad esta confession de D. Francisco, demonstraremos en su nombre *auerlo verificado por muchos, y concluyentes medios: y que estas casas son proprias suyas, y le pertenecieron, por herencia de su padre, en pago de su legitima*, vt videre erit ex sequentibus.

146 ¶ Lo primero. Porque estaua grauado del mal de contagio a el tiempo que la hizo (en que no ay duda, y ambas partes lo articulan, y prueuan, y lo dize la cabeça del testamento) por cuyo accidente no es dificil de persuadir, serà cierto lo q̃ tiene alegado, de que estaua sin sentido, pues con esta enfermedad de ordinario se pierde, assi lo supone Paul. Zacchi. *libr. 2. de med. leg. tit. 1. quæst. 20. num. 1.* illic: *Tam longi, quam vehemẽtes morbi solent interdum hominem dementire, veluti pestis, quæ non modo vehemens morbus est, sed omnium vehementis simces; quia omnes alios morbos superat.* Et prosequitur.

147 ¶ Y en la sexta pregunta articulô Don Francisco, *que el dia 9. de Abril de 49. en que suena hecha la declaracion, estaua con modorra pestilente, priuado el juyzio con demencia, y delirio.*

148 ¶ En que depusieron el Licenciado Iuan Bautista Daniel, su mayordomo, *que estaua tan malo, que deliraba, y preguntandole si le conocia, dixo, que no, y luego llegaron a hazer el testamento.*

149 ¶ Geronimo Rodriguez, *que le assistiò en toda la enfermedad, y a hazer el testamento, y entonces deliraba. Y a quãto el escriuano le dezia, mande v. m. esto? Dezia, que si.* Y lo propio *afirma* Melchora de los Reyes su esclava: cuyo credito queda â el arbitrio de los señores Iuezes.

150 ¶ Lo segundo. Porque quando estuviera con algũ sentido, y retentiua, en lo que dezia, bien se podrâ insistir, en que para dicha declaracion precediô fuerça, y sugestion, que le hizieron el escriuano, y don Christoual.

151 ¶ Sacola de las declaraciones de ambos, de el escriuano, que tiene con juramento depuesto: *Que quando le llamaron para hazer el testamento, le encargo don Christoual, aduirtiesse a su tio, como esta isla de casas eran suyas, por herencia de su padre. Y que llegando a la declaracion destas casas, le puso Don Francisco algunas dificultades, y entonces el testigo llamò a don Christoual, el qual fue reconuiniendo a su tio con razones, hasta que lo conuenciò a que hiziesse la declaracion, supr. n. 115.*

152 ¶ En quanto a don Christoual. Porque por peticiõ

que

que presentô ante la justicia, pidiô, que don Francisco declarasse, *como auia ido a su casa, estando malo de la peste, y le auia dicho, porque no declaraua que no auia recebido cosa alguna de su legitima? Y como las casas eran suyas, y le pertenecian por ella, de que auia sido su administrador, supr. num.* 121. & 122.

153 ¶ A los dos, pregunto yo? A el escriuano, si obedeciô, y a don Christoual, en proponer a su tio hiziera la declaraciõ? Si oyô su respuesta? Si conociô su intento? Y que ponia dificultades para no declarar? Porque no se aquietò, dexandolo correr en su voluntad (que ha de ser omnino libre en acto tal?) Porque excediendo de su oficio, passô a otro de solicitador? Y dexãdo el assiẽto, y el cõtinuar el testamento, llamô a don Christoual, dando le noticia del secreto del acto? Y ocasionò a questiones, ô por lo menos a convencimiento de razones, como êl dize?

154 ¶ Y a don Christoual? Si estaua hecha la diligencia con su tio, trayendole a la memoria lo que importaua à la conciẽcia de los dos? Porque se introduxo, sin ser llamado por èl mesmo a inquietarlo, quãdo se hallaua en tã miserable estado, cõ la graue enfermedad de contagio, que tanta tribulacion causa?

155 ¶ Bien se conoce, que esto se hizo, y mirô a que vnidos los dos, y a que el escriuano no auia podido: juntando las fuerças de las razones de ambos, vencer a el que se hallaua sin ningunas, para resistir. Lo qual se juzga por violẽcia conocida, y por lo menos no puede escapar de persuacion importuna, que obra en derecho lo mesmo.

156 ¶ Ad tèxt. *in l.* 1. §. 2. *ff. de seruo corrupto*, ibi: *Per-*
suadere autem est plus, quam compelli, adque cogi sibi parere, l.
cum quis 5. *C. de appostatis, & l.* 1. § *sed quoniam, C. de petition.*
bon. sublatè. Felin. *in cap.* 1. *circa initium, de offic. legat.* Paul. Cas-
trens. *cons.* 174. *num.* 1. vers. *Ubi habetur, quod nimia persuasiô,*
volum. 1. Crauet. *cons.* 192. *num.* 12. Decian. *cons.* 65. *numer.* 2.
& 4. *libr.* 2. Menoch. *de arbitrarijs, cas.* 395. *sub numer.* 41. ibi:
Nam in modica persuasio vim habet violentiæ, & libr. 4. *præ-*
sumpt. 11. *numer.* 10. Rebuff. *ad l. Gallic. tom.* 2. *Rubric. de res-*
cript. art. 2. *gloss.* 3. Petr. Pech. *de contract. coniug. libr.* 1. *capit.* 9.
num. 9. Mascard. *de probat.* 1. *tom. conclus.* 532. *numer.* 40. Vin-
cent. Carroc. *decis.* 15. *num.* 21. Palac. Rub. *in repetit. Rubric. in*
cap. per vestr. § 81. *num.* 5. vbi dicit, quod ea, quę per importuni-
tatem conceduntur, videntur fieri in vito dante, sequitur Ma-
tienç. *in l.* 10. *gloss.* 1. *num.* 1. *&* 2. *tit.* 1. *lib.* 5. *Recop.*

157 ¶ Fuera de que en trance de peligro tan inmediato, turbado el sentido, con la imaginacion de la muerte, que por

instantes aguardaua Don Francisco, era muy posible faltarle su memoria, para satisfacer a las razones, y causas que el escriuano dize le representò don Christoual: *Nam deliramus prorsus, & fracto, quodammodo animo iacemus plerique, cum iam, iam morituros arbitramur*, dixo Plaut. *lib.* 11. *de legib.*

158 ¶ Y el Emperador *in l. hac consultissima, §. at cum humana, C. de testament.* ibi: *At cum humana fragilitas mortis; præcipuè cogitatione perturbata, minus memoria possit res plures consequi.* Y la *l. iubemus, C. eod.* ibi: *Mortuo similis est, & falsitas in elogijs committitur*, & Polid. Rip. *de act. in mort. art. cap.* 61. *num.* 2. ibi: *Ergo infirma mens, informis intellectus; plerumque enim corporis languor, mentis inducit exilium.*

159 ¶ Conque por escusarse de tales importunaciones, ê instancias, diria â todo, *que si*, como afirman los testigos desta parte: no, empero, por voluntad, segun los moribundos, de ordinario hazen, como en el punto mesmo lo cõsideran Polid. Rip. *de act. in mort. art. dict. cap.* 61. *numer.* 6. ibi: *Adque si interroganti respondeat testator in mortis articulo constitutus; adhuc testamentum nullum est, consueuit etenim moriens, vt etiam à molestijs se, & interrogationibus eximat, de facili cuilibet interroganti respondere, quod sic, vel quod non, ad interrogantis vocem.*

160 ¶ Mantic. *de coniect. lib.* 2. *tit.* 6. *numer.* 5. Staib. *resolut. forens.* 54. *nu.* 7. & 8. illic: *Cum dicta Victoria erat in articulo mortis constituta, licèt ad interrogationem responderet, sic, non tamen præsumeretur mentis compos fuisse, neque habuisse animum testandi: nam illo graui morbo afflicta videbatur, potius ita respondisse, vt se à molestia liberaret, quam vt voluisset de bonis suis disponere.*

161 ¶ Lo tercero, y principal, y en que suplico a V.S. y señores se sirvan de cargar la consideracion, viene a ser, en la aueriguacion, y certeça del punto. Vtrùm, ademas de los fundamentos antecedentes, aya prouado don Francisco, si su confesion es erronea, incierta, contraria â la verdad, y hecha con falsa causa. Y para que lo aya hecho, representamos.

162 ¶ Tùm. O quiere Don Christoual, que las palabras de la primera parte desta confesion, ibi: *Declaro, que estas casas son, y pertenecen a mi sobrino, por legitima de D. Pedro Marrufo su padre, como bienes sueltos, que para ello quedaron, supr. numer.* 62. Se entiendan por auerselas dado en su vida Christoual Marrufo su abuelo.

163 ¶ Y es precisso que asi lo pretẽda; respecto. Lo vno, de auerlo articulado en sus interrogatorios, de que hizimos

men-

mencion, *supr. n.* 18. Y lo otro, por auerlo declarado cō juramēto en posiciones a la segūda pregūta del interrogatorio desta parte, D. Christoual, ibi: *Que esta isleta de casas fueron de D. Pedro su padre, y quando muriò, quedaron por bienes suyos, que como tales los tuuo, gozò, y posseyò su padre, hasta el dia de su muerte, en que èl sucediò, como su hijo, y vnico heredero, Fol. 157. B.* de lo compulsado.

164 ¶ Conque segun esta interpretacion, no parece queda linage de duda, ser erronea, incierta, y contra toda verdad, como lo prouamos por testigos, cō las relaciones remitidas desde Inglaterra, arrendamiētos, declaraciones de los dos testamentos del dicho Christoual Marrufo, y los demas medios, adminiculos, y presunciones, *supr. à num. 26. vsque ad* 60. que para este fin es necessario reuocar de nueuo a la memoria.

165 ¶ A que se llega otro fundamento euidentissimo, que resulta de el pleyto que doña Maria de Villavicencio, *madre, y tutrix de la otra parte,* tratô el año de 615. por muerte de Christoual Marrufo su abuelo, *sobre la particion de sus bienes,* contra doña Catalina Marrufo su tia (es la que hizo la declaracion, *supr. n.* 127.) y don Francisco Polanco su marido, donde pidiendoles la tutrix, por cabeça de su hijo, que auian de bolver parte de la dote que auian recebido por excessiua, è in officiosa, y defendiēdose doña Catalina que no lo era.

166 ¶ Por el interrogatorio, y prouança hecha por estos (que nueuamente se ha hallado, y presentado) se reconocen dos cosas concluyentes para este intento.

167 ¶ La vna. Que siendole importantissimo el probar que fuessen muchos los bienes, y partidas que D. Christoual Marrufo huviera dado a Don Pedro su hijo en su vida, por cuenta de su legitima, y auiendo con distincion articulado los que le tenia entregados (y entre ellos puesto algunos, que por otro titulo parece tocauan a don Pedro, como son vnas salinas, y molinos, de quibus infra) *de ninguna manera comprehendiò estas casas.* (Y de passo notamos la falsedad de la declaracion de doña Catalina, de qua *supr. num.* 127. de que se convence por esta prouança suya, hecha el año de 15. el mesmo en que muriò su padre.)

168 ¶ Y la otra. Que entre los bienes que puso en el interrogatorio, diziendo auer quedado en ser, y para partir, por muerte de dicho Christoual Marrufo su padre, *son estas mesmas casas,* y lo probô, y se valiò de las clausulas del testamento de su padre, donde lo declara, *supr. nu.* 56.

169 ¶ Et sic de primò ad vltimum queda convencida de erro-

erronea, y falsa la confession de don Francisco en la primera parte della, segun la interpretacion de contrario propuesta.

170 ¶ O quiere don Christoual, que dichas palabras las dixesse don Francisco. Porque despues de la muerte de Christoual Marrufo su padre *se adjudicassen a Don Christoual su nieto, en pago de la legitima que huuo de auer por cabeça de don Pedro su padre.* Y si esto pretende, hallasse convencido por muchos, y concluyentes medios.

171 ¶ Tùm. El auer él mesmo declarado con juramento, articulado, y pretendido prouar lo contrario. Y quanto disuene esto en el derecho, por ser omnino repugnante, è incõpatible, y no admissible a el que como Actor pone demanda, bien se reconoce, y apuntamos, *supr. nu.* 29.

172 ¶ Tùm. Porque en orden a su certeça hucusque no se ha verificado por medio alguno. Y el mas adequado era la hijuela de particion, en q̃ se le huviessen adjudicado, cuyo titulo, aunque es apto a transferir dominio, §. *fin. Inst. de offic. iud.* no basta solo sin entrega efectiua de la mesma cosa, y possession subsequente a ella, vt in casu Alex. *cons.* 186. *volum.* 6. *numer.* 4. Mascard. *cons.* 541. *numer.* 5. Salicet. *in Rubric. C. commun. vtriusq. iudit. numer.* 2. & 3. Surd. *cons.* 73. *numer.* 21. Mantic. *de coniect. lib.* 7. *tit.* 6. *num.* 5. Peregrin. *de fideic. art.* 48. *nu.* 6. illic: *Neque enim sufficiat exhibere instrumentum acquisitionis illius testatoris, ad conueniendum tertium possessorem, nisi probetur de possessione defuncti, tempore mortis suæ, & suorum hæredem.*

173 ¶ Et tantũ distat, q̃ se aya mostrado, ni otro titulo alguno, ni menos auer entrado en possession Don Christoual, que antes su mesma demanda dize: *Que don Francisco se apoderò de esta isla de casas, desde la muerte de su abuelo, que fue el año de* 1615. *supr. nu.* 3. Y la sentencia de vista le condena, como a posseedor dellas, desde este año.

174 ¶ Tùm. Porque a el contrario don Francisco tiene articulado en la tercera, y quarta pregunta de su interrogatorio: *Que por muerte de dicho Capitan Christoual Marrufo su padre, en la particion que de sus bienes se hizo, le adjudicaron en pago de su legitima estas casas, y desde entonces las ha posseido, como suyas proprias, por este titulo.*

175 ¶ A lo verificado con mucho numero de testigos, mayores de toda excepcion, que por assistirles otras circunstancias, presumpciones verosimiles, aunque en este particular huviera otros contrarios (qui non ad sunt) deuieran preferirse, *l. ob carmen,*

*men,§.fin.ff.de testibus,l.*41.*tit.*16.*part.*3.ibi: *E por ende dezimos, que quando assi acaeciere, el judgador deue creer aquellos q̃ semejare, que se acuestan mas a la verdad, è que acuerdan mas cõ el fecho, maguer que los otros fuessen mas.*

176 ¶ Y aunque no ha presentado tampoco hijuela, tiene en su fauor. Lo vno. El auer hecho las diligencias possibles para descubrir la particion, hasta llegar a sacar censuras, y publicarlas; que es el medio mas rigoroso, a que se puede passar permitido por derecho, *cap. ad nostram, de iur. iur.* ibi: *Mandamus, quatenus sub pœna ex communicationis publice in Ecclesia proponi facias, vel proponas, vt qui super hoc, nouerit veritatem procedat ad testimonium perferendum.* Belarm. *tom.* 2. *cõtrouers. cap.* 14. Lazar. *de monitor. sect.* 1. *quæst.* 16. *per tot.* Gutierr. 1. *Canon. quæst.* 11. *nu.* 37. Carrasc. *ad aliq. ll. Reg. tit. de censur. monitoria, cap.* 4. *à num.* 1. Conque al fin se hallò razon della, que es la pieça del pleyto, entre la otra parte, y doña Catalina su tia, *supr. num.* 165.

177 ¶ Lo otro. Et quod totum facit. La possession quieta, y pacifica, demas de 40. años continuos, antes de la introduciõ del juyzio possessorio, siendo *pro diuiso, y en pago de su legitima.* Y en este caso se presume por derecho auer precedido particion antecedente, con los requisitos necessarios, aunque no se muestre. Y esto no solo quando ha passado tan largo tiempo, pero bastan 10. años entre presentes, y 20. para con ausentes.

178 ¶ Sic in diuisione inter fratres, lo prueua la Gloss. *communitèr recepta, in l. si maior, C. commun. diuidun.* vers. *Si maior,* que concluye, ibi: *Responde verisimile est diuisionem fac tam,* deduciturque ex *l. cum in rem verso* 6. *de vsur. & l.* 1. *ff. de aqua plu. arc. l. minus, ff. de acq. poss. l. fin. C. de petit. hæred.*

179 ¶ Per quæ, & alia iura firmiter tenent en leturas Bart. *in dict. l. cum in rem verso in princip. ff. de vsuris, & in l. penult. C. comm. diuid.* vbi Bald. & Alveric. Angel. Immola, Alex. & Iasson, etiam in *l. qui in aliena in princip. ff. de adquirend. hæred.* Salicet. *in l. penult. C. comm. diuid. nu.* 1. vbi Alver. *in princ.* Rippa *in cap. sæpe, num.* 1. *de restit. spoliat.* Nicolao de Napoles *in §. quædam, Inst. de act.* Aretin. *in §. aque, Inst.* eodem Felin. *in cap. illud de præsumpt. & in cap. sicut de re iud.*

180 ¶ En tratados Tiraquel. *de præscript. gloss.* 4. versic. *Decimoquarto.* Gabriel *comm. lib.* 1. *tit. de præsumpt. conclus.* 1. *num.* 28. Menoch. *lib.* 3. *præsumpt.* 60. *num* 3. Balb. *de præscript.* 3. *part. quæst.* 10. *num.* 39. Bruno *de formul. num.* 2. Mascard. *conclus.* 527. *num.* 2. Thusc. *conclus.* 521. verb. *diuisio, an.* 1.

Con-

181 ¶ Consulentes Roman.*cons*.205.*num*.3.versic. *Tertio principali*, Calcan.*cons*.23.*nu*.4. Socin. Senior *cons*.164. *num.pen.lib*.2. Ruin.*cons*.116.*num.fin.* & 162.*num*.5.*libr*.3. Decio *cons*.79.*in fin*. Grat.*cons*.121.*nu*.3.*lib*.2. Rubc.*cons*.154. *num*.5. Alban.*cons*.11.*nu*.15. Casan.*cons*.11. mirabiliter Mart. *cons*.58.*à n*.7.

182 ¶ Y en decisiones Boer. *decis*.58.*per totam*, Ant. Thesaur.*decis*.205.*per totam vbi,num*.1. inquit: *Diuisio inter fratres præsumitur ex longa possessione bonorum inuicem separatorum, & solutione onerum separata, & perceptione fructuum per decem annos inter presentes, & 20. inter absentes.* Donde despues de muchas autoridades, que trae, inquit, *nu*.2. *Et hanc opinionem firmauit in facti contingentia Senatus, in causa quadã Cabalaij* 1580.

183 ¶ De los nuestros, con ocasion de la *l.5.tit.13.libr.3.Ordin.quæ est l.5.tit.15.libr.4. Recopil. de las prescripciones*, que dispone, *que vn heredero contra otro no prescriua cosa comũ que posseyere, por ningun tiempo*, resuelven lo mesmo.

184 ¶ Dom. Padill.*in l.si aquam, C.de seru. & aqua, num*.34. Menchac.*controuers.illustr.lib*.2.*cap*.66.*num*.1. Ayora *de part*.3.*part.quæst*.30.*à numer*.111.*vsq.ad fin*. Alvar. Valasc.*de partit.cap*.38.*à num*.6. Y mejor que todos Gutierr. *in repet.l.nemò potest,ff.de leg*.1.*à num*.109.*cum seqq*. omninò vidẽdus. Azeved.*in dict.l.5.tit.15.lib.4.à num*.1.

185 ¶ Lo qual procede con la mesma llaneça, y seguridad, aunque don Christoual era menor de 25. años, el año de 15. quando muriò su abuelo, y se hizo la particion. Por auer despues passado, no solo de los 29. pero demas de 56. antes de mouer pleyto.

186 ¶ En terminos lo resuelven Bald.*cons*.282.*per tot. lib*.2. que por ser adequado, breue, y decidirlo todo, ponemos sus palabras.

187 ¶ *Prosequitur. Quod minor diuisit bona, cum fratribus, sine authoritate curatoris, vel iudicis, & factus maior perseuerauit, vsque ad ætatem 40. ann. Nunc diuisionem dicit iniustam, quia læsus, & nullam, quia non solemnis, quæritur, an possit? Et videtur, quod non, quia quinquenio tacuit, posquam maior factus, vt C. si maior factus, l. vlt. in princip. Sed quia diuersi Doctor, diuerso modo intelligunt illam legem, venio ad illam diuisionem, & dico firmiter, quod non debet audiri, quia possessio pro diuiso longo tempore tenta post maiorem ætatem, per se vim habet tacitæ, & solemnis diuisionis, & cum sit ges-*

gestum, inter maiores, quia post minorem ætatem fluxerunt 15. annis, NVLLVM DVBIVM EST, QVOD STANDVM EST; DIVISIONI PRÆSVMPTÆ EX POSSESSIONIBVS, PRO DIVISO, ista est gloss. ord. & vera, & communitèr approbata; in l. placet, C. commun. diuid.

188 ¶ Tiraquell. *de præscript.* §. 1. *ex numer.* 30. Ruin. *cons.* 117. *numer. final, libr.* 3. Balb. *de præscription.* 3. *part. princip. quæst.* 10. *principal. numer.* 40. Mascard. *conclus.* 326. *numer.* 4. & 527. *numer.* 2. præcipuè *numer.* 4. Menoch. *libr.* 3. *præsumpt.* 60. *num.* 4. *in medio*, ibi: *Attamen si post maiorem ætatem tacuit per decennium possidendo pro diuiso censetur inducta tacita, & solemnis diuisio adeò, quòd nō potest amplius retractari.* Mart. *cons.* 158. *num.* 10.

189 ¶ Conque satis patet, & claré *de la incertidumbre, y falta de verdad, que contiene la primera parte de la confession de Don Francisco*, en quanto dixo, ibi: *Declaro, que pertenecen estas casas a mi sobrino, por legitima de su padre, por bienes sueltos*; por cuya causa no le puede obstar, ex iuribus congestis *supr. à num.* 141. *vsq. ad* 144.

190 ¶ Vamos a la segunda, donde dâ la razon, ibi: *Porque los bienes, que ha lleuado son, vinculados*, de que se quiere induzir, que por libres para en pago de su legitima, ningunos auia recebido don Christoual.

191 ¶ Quod idem est de lo que contiene la diligencia que êl mesmo hizo, para que lo declarasse Don Francisco en el testamento, y refiere la peticion, que presentô *supr. num.* 122. ibi: *Que no auia recebido cosa alguna de su legitima.*

192 ¶ Y esta padece *el proprio error, incertidumbre, y falsa causa*, que la primera parte antecedente.

193 ¶ Verificase claro. Porque siendo los bienes vinculados por la mejora, solo *las casas principales, y la heredad de la isla.* Y certissimo que entre los que dexò Christoual Marrufo, fueron, ademas de las de el pleyto, *otras casas, con dos tiendas en la plaza de Cadiz, y vnos censos.*

194 ¶ Como lo afirman *los memoriales simples, y testamentos de Christoual Marrufo, y el vltimo, en que con distincion, por via de inuentario declarò los que dexaua, y el interrogatorio, y prouança de doña Catalina.*

195 ¶ Es constante, y firme, que fuera de los de la mejora vinculados, *ha posseido dicho D. Christoual, despues de la muerte de su abuelo, por libres, y en pago de su legitima pro diuiso*, y recibió de su padre, los siguientes.

Mil

196 ¶ *Mil ducados que le diò dicho Christoual Marrufo a don Pedro su hijo, quando lo emancipò.*

197 ¶ *Mas 400. ducados en que le alcançò en las cuentas de la tutela de Don Christoual, ante Blas de Vitoria, escriuano, que ha de recebir en cuenta, baxandole 100. de el precio de vna esclaua.* Assi lo declarô por dicho testamento, y lo prouò tambien Doña Catalina en dicho pleyto de particion.

198 ¶ *Item, dos asientos, con quatro piedras blancas para moler trigo,* que mandô se le diessen a don Christoual su nieto, y las goza oy. Ay clausula especial del dicho Christoual Marrufo en el testamento vltimo conque muriô.

199 ¶ Denique *las casas, y dos tiendas de la plaza de Cadiz, y vnos censos,* que tambien possee, como lo concluyen muchos testigos de don Francisco, lo qual, ni se ha negado, ni en contra se hallarâ articulo, ni probança alguna por D. Christoual, & sic, no queda arbitrio para que dexe de creerse: ad text. *in capit. tertio loco, de probat.* ibi: *Sed quoniam contra hoc nihil pars aduersa probabit, respondemus, secundum assertionem testium tantummodo iudicandum.* Gloss. *in cap. 1.* verb. *contra, de re iudic.* Rot. *decis. 176. num. 6. part. 1. in princ.*

200 ¶ Tābien articulô, y provò D. Catalina Marrufo, y su marido, *en dicho pleyto de particion, que vnas salinas, y molino, que Christoual Marrufo auia dado a don Pedro su hijo, cō pretexto de que se los dexò vn tio suyo, no pudo hazerlo, por auer sido de la abuela comun, en que sus herederos no tenian parte.*

201 ¶ De todo lo qual se ajusta, sin tergiuersacion, ni disputa, *que esta segunda parte de la confession de don Francisco*, diziendo en substancia, que esta isla de casas pertenecen a don Christoval por su legitima, ibi: *PORQVE LOS QVE AVIA LLEVADO SON VINCVLADOS.* Dandoa entender, que por libres no tenia ningunos; *padece el mesmo defecto de erronea, incierta, y con falsa causa,* que la primera.

202 ¶ Qua propter, supuesto que concurren contra esta confession. *Auerla hecho don Francisco, estando grauado del mal de contagio, con presunciones de falta de juyzio, supra n. 157 Violentado de las importunas persuaciones del escriuano, y parte interesada, sin fuerças para resistirlas, num. 156.*

203 ¶ Que luego que bolviò en si se hallò libre de la enfermedad, sabiendo lo que en su nombre estaua hecho, *la reuocò.*

204 ¶ Que contra su tenor, y palabras se ha verificado *no auer pertenecido a don Pedro Marrufo en su vida estas casas,*

sas,por donacion,ni otro medio,segun las consideraciones,y fundamentos, *in.26.vsque ad 60.*

205 ¶ Ni *menos a don Christoual despues de su muerte,por adjudicacion,ni otro titulo*;Fuera de que no las intenta por esta causa,antes niega,y contradize que se hiziera particion.

206 ¶ Que del arrojo de su demanda en proponer; *que quedando èl en la edad pupilar, don Francisco su tio ; y tutor se apoderò de toda la hazienda de su padre,y entre ella, de esta isla de casas*,repitiendo,segunda vez que fue *su tutor,supra num.3.*

207 ¶ Està convencido con la verdad misma, y contextura de todo pleyto,de que no fue su tutor. *Pues ni ha presentado decernimiento de tutela , fiança, escritura alguna de arrendamiento de las possessiones vinculadas, ni de las libres,que hiziesse don Francisco,ò carta de pago,que como tal tutor, diera à los inquilinos de sus rentas ,ò pediedole quentas de la tal tutela.*

208 ¶ Y lo sin respuesta. Porque *quien consta fue por muerte de don Pedro su padre,su tutor es dō Christoual Marrufo su abuelo, y este diò las quentas della,y alcançò a la hazienda en 400.ducados,assi lo declarò en su testamento,supra num.165.*

209 ¶ Postea entrò a serlo *doña Maria de Villauicencio su madre,y como tal,siguiò el pleyto de particion ,sobre excesso de la dote que se auia dado a doña Catalina su tia,la qual se defendiò,y hizo la prouança mencionada,supra num.*

210 ¶ Y la cabeça del interrogatorio que hizo doña Catalina,dize: *En el pleyto con doña Maria de Villauicencio,madre,y tutriz de don Christoual Marrufo su hijo,y de don Pedro Marrufo su marido,difunto,sobre la particion de los bienes de el Capitan Christoual Marrufo:* que suplicamos se vea,y los articulos,y provanças del.

211 ¶ Conque,pues,estas circunstancias , y requisitos, ademas de la possession tan antigua,que excede de quarẽta años; tendunt a vn mesmo fin,*l.qui sententiam,C.de pœn.*illic: *Conspirantes , concordantesque in vnem rei finem*, juntandolas todas los señores Iuezes,en quien concurre lo que dixo el texto, *in §. item,qui dominum.*verf. *Prædictis modis,tit.quæ sit prima causa amittend.benef.in vsib. feudor.*ibi: *Ideoque iudex solers , & discretus, & æquitati obsecundare solitus,cuncta subtiliter dispensans prouideat*, quæ verba refert Garc. *de nobilitat.gloss.6. num.54.*

212 ¶ Segun deuen hazerlo, *dict.l.ob carmen , §. fin. de test.lib.*ibi: *Confirmabitque iudex motum animi sui ex argumentis, & testimonijs, & quæ rei aptiora, & vero proximum esse competerit.*

213 ¶ Se inclinen, y persuadan, a que hazen vna conclu-yentissima probança à favor de don Francisco, de que su declaracion, es, en todo erronea, incierta, y con falsa causa.

214 ¶ Notant Bald. *in cap. causam, num. 1. de probat.* Barbac. *cons. 6. num.* 33. vers. *Præmitto*, Riminald. Iunior. *cons. 7. à numer.* 13. *vsque ad* 17. Gutierr. *libr.* 3. *practicar. quæst.* 12. *num.* 18.

215 ¶ Mejor lo buelve a repetir, ipsemet Bald. *cons.* 259. *circa finem*, ibi: *Nam ex naturalibus indicijs veritas comprobatur, veritati enim omnia consonant, nihil ei discrepant, verum lumen intuenti. Sed hic, omnia adminicula adminiculātur Antonio, non solum adminiculatiuè, sed etiam impressiue, ita quod animo iudicantis non possit persuaderi contrarium, neque possit verti intellectus in oppositam conscientiam.*

216 ¶ Para que teniendose por tal, no le perjudique en manera alguna â Don Francisco, sicuti ex *l. confessionibus, & l. si is cuius nomine, §. fin. ff. de interrogat. actio. l. error, C. de iur. & fact. ignor. l. non fatetur, C. de confess.* & alijs iuribus, & authoritatibus probauimus supr. *à n.* 141. *vsque ad* 145.

217 ¶ Et consequenter aya de tener su lugar, y correr segura la regla, de que posseyendo los hijos, como herederos, bienes separados, ratione legitimæ (vt in presenti) por muchos años, se presume auerlos diuidido con particion, que precediò formal, y sin lesion, ni agrauio, quedando seguros de inquietaciones, pleytos, y diferencias, y cerrando la puerta â ellos, ex *gloss. in dict. l.* 3. *C. comm. diuid. & alijs supi. à nu.* 177. Y ademas de ellos Gratia. *discept. cap.* 951. *nu.* 18. *tom.* 5. Hector Felicius *de societa. cap.* 39. *num.* 11. Gamm. *decis.* 206. *per totam*, Morquech. *de diuis. bono. lib.* 1. *cap.* 12. *à n.* 2. y otros que estos refieren.

218 ¶ Tum etiam. Porque aunque esta resolucion, en el sentir de todos, corre sin dificultad, quando no se descubre agrauio en el valor de los bienes que cada vno de los coherederos possee, ô es en moderada cantidad. Pero quando se representare excessiua, permite el derecho que se dè lugar a verificarla, y constando se deshaga: *ad text. in d. l. maioribus* 3. *C. commun. vtriusque iudic. l. si post diuisionem, C. de iur. & fact. ignor. l. si soror, C. de collation. l. cum putarem* 36. *in fin. ff. famil. erciscund. & in puncto.*

219 ¶ Affirmant in casu cum Alvan. *cons.* 11. *num.* 24. Menoch. *lib.* 3. *dict. præsumpt.* 60. *num.* 8. ibi: *Hæc autem declaratio locum habet, quando magna esset inæqualitas: secus si tenuis, & modica.* Y otros muchos.

Licèt

220 ¶ Licèt contrarium defendant Salicet. *in dict. l. 3. C. commun. diuid.* Angel. *Auth. in §. fin. Inst. de seruit.* Iass. *cons. 2. num. 10. vers. Quarto non obstat, lib. 3.* idem, *in §. quadam, num. 4. Inst. de actio.* Balb. *de præscript. 1. part. 3. part. quæst. 10. num. 14.* Mascard. *conclus. 527. num. 5. & alij.*

221 ¶ Mas teniendo por certisima la primera sentencia. Lo que dezimos es, que no se ajusta â el caso de nuestro pleyto, ni puede obstar.

222 ¶ Lo vno. Porque don Francisco solo tiene recebidos en pago de su legitima las cosas siguientes.

223 ¶ *El oficio de Regidor, apreciado en 1600. ducados, vn tributo sobre salinas,* en que el padre dize auia gastado D. Francisco algunas cantidades. *Y vnas casillas en* 200. *ducados,* que todo esto le entregò en su vida, por quenta de su legitima: *assi lo declarò tambien por su testamento.*

224 ¶ Y despues de su muerte, *las casas, sobre que es el litigio, que en vida de su padre eran vnas, y las arrendaua desde 28. hasta 30. ducados en cada vn año, baxandose de ellos los reparos, segun consta de las escrituras en esta instancia presentadas, de quibus supra.*

225 ¶ Segun lo qual, bien se reconoce, que hecho el cōputo, y tanteo, a poco mas, ô menos, no avrà diferencia. O quando sea modica, assi los textos, como autoridades, todas vienen a ser favorables a don Francisco.

226 ¶ Lo otro. Porque los DD. de parecer contrarios, y dichos textos, y la *gloss. in dict. l. 3. C. commun. diuidund.* hablan en caso de auer passado desde la possesion de los coherederos *pro diuiso* poco tiempo, ò quando mas diez años entre presentes, y veynte para con los ausentes. At verò, quando sin demanda, citacion, ni interpelacion judicial han sido mas de 40. antes de la introduccion del juyzio possessorio, se halla en ellas dō Francisco desde el año de 615. hasta el de 57. que lo intentò don Christoval, no parece avrà alguno que le condene.

227 ¶ Respecto. Lo vno, que la accion familiæ ercisciunde, & communi diuidundo, se prescriven por 30. años, text. in *l. 1. §. 1.* vers. *Nemo, C. de annal. except. Italis contract. toll. l. sicut 3. C. de præscript. 20. vel 40. annorum, l. seruum communem 22. C. famil. ercisciund. l. vnus 3. C. in quib. caus. cess. long. tempor. præscript. 3. part. quæst. 30. num. 106.*

228 ¶ Y lo otro. Porq̄ el mesmo tiēpo se dà solo para la enormissima lesion, segun la mas rigorosa sentencia, D. Greg. Lopez *in l. vltim. tit. fin. part. 6.* Dom. Couarr. *in cap. quamuis pact. de pact.*

*pact.lib.6.3.part.§.4.num.7.*vers.*Vndecima conclusio.*Gutierr. *de iur.confirm.1.part.cap.26.num.7.*Hermos.*add.4.tit.5.part. 5.gloss.12.num.15.in fin.*Felician.*decens.libr.2.cap.1.num.40.* Matienç.*in l.1.gloss.8.n.49.tit.11.lib.5. Recop.* Noguer.*alleg. 18.num.66.*Scobar *comput.6.*

229 ¶ Conque en terminos deste punto son â nuestro favor. Thesaur.*dict.decis.205.per totam,*præcipuê,*nu.3.in fin.* donde dà la razon, illic: *Nam antiquitati temporis semper est aliquid attribuendum stante diutina separatione, & bonorum possessione continuata.*

230 ¶ Donde su Adicionador, reprobando a Menoch. dize, ibi: *Et quod hic dicitur stante in æqualitate præsumi, etiam pro diuisione habet locum, si aliqua alia, vel secus coniectura, cõcurrat, præsertim si non tantum decem, sed & trigenta anni à die separationis lapsi fuerint. Neque obstabit, quod per Menoch. in contrarium dicebatur, hic duo specialia concurrere, nempe præsumptio diuisionis, & altera recompensationis, quia respondebam, hæc duo specialia oriri ex eodem subiecto, & non duas, sed vnicam hic oriri præsumptionem; nam sicut præsumitur per separationem facta diuisio, ita præsumitur eodem tempore diuisionẽ fuisse factam, seruatis seruandis, & vna sola remanent præsumptio iustæ scilicet diuisionis.*

231 ¶ Gamm.*dict.decis.246.per totam,*y afirma auerse decidido assi en aquel Senado, Mart.*cons.158.à n.10.cum seqq.* Ayor.*de partit.quæst.30.à num.106.*donde auiendose opuesto de la ley del Reyno, quando se possee pro indiuiso, que no se prescribe, se limita, *num.111.*ibi: *Item hoc debet limitari, & ita est intelligendum, vt procedat, quod tunc sit necessaria præscriptio 30.annorum, quando cohæres defenditur præscriptione temporis lapsi, & allegaret factam fuisse diuisionem, & pro diuiso possedisse prædictam rem.*

232 ¶ Et concludit postea, ibi: *Poterit enim vnus ex cohæredibus, vel in pecunia, vel in bonis mobilibus, vel pecoribus, habere, vel recipere partem hæreditatis, ita vt in his æqualitas inter eos seruetur, & ita vnus habeat maiorem partem in fundo, alius minorem, & ita fit quotidie, non ergo ex dicta inæqualitate prædiorum pro diuiso, possessorum excluditur præsumptio, diuisionis factæ, quæ oritur ex eo, non enim est credendum, quod tanto tempore tacuisset frater, vel cohæres, qui multo minorem fundum possedit pro diuiso, quam cohæres, nisi in alijs bonis æqualiter suppleretur portio eius.* Sequitur Morquecch.*libr.1.de diuis. bonor.cap.11.per totum.*

Tûm

233 ¶ Tùm denique,& quod ponit falcem ad radicem. Porque quando tuviera alguna entrada,ô camino D. Christoual (sin embargo del transcurso del tiempo que le resiste) para introduzirse a esta *isla de casas*,auia de ser por vno de dos medios.

234 ¶ O pidiendo que no se auia hecho particion judicial de los bienes de su abuelo,y que *los que èl ,y Don Francisco posseian,eran proindiuiso*,que se mandassen partir con igualdad, y cada vno traxesse a colacion,los que auia recebido, ofreciendo el mesmo donChristoual los suyos,por la accion *fam.hercisc.*que el derecho introduxo:text.*in l.*1.*l.*2.*ff.famil.hercíscund.t.*2.*tit.* 15.*part.*6.vbi Dom.Gregor.verb.*partidos.* Paz *in prax.*3.*tom.* *cap.*1.§.6.*num.*10.Parlad.*differ.*112.*à num.*1.Valasc.*de partit.* *cap.*1.*num.*1.Ayor.*in eod.tract.*1.*part.cap.*1.*num.*5.

235 ¶ O diziendo,que aunque se auia hecho particion,en ella no se cõprehendiô esta isla de casas , ni hasta aora se han diuidido,y las ha tenido,y posseido *pro indiuiso* dõ Francisco,desde que muriô su padre,por el *tit.commun.diuid.l.*1.*l.in communi*3.*ff.commun.diuid.*Paz *in prax.tom.*3.*capit.*1.§.7.*à num.*1. Parlad.*differ.*112.Valasc.*de partit.cap.*1.*à num.*1.Ayor.1.*part.* *cap.*1.*num.*11.

236 ¶ Sin que pudiera defenderse , ni aprouecharle el transcurso del tiempo,ex *dict.l.*5.*tit.*15.*lib.*4.*Recop.*illic: *Si herederos tuuieren,ò posseyeren alguna cosa de consuno , que no sea partida entre ellos,maguer que el vno dellos sea tenedor de la cosa, no se pueda defender por tiempo , que no de su derecho à cada vno de los otros,quando quiera que se le demandare.* Y por ella con muchos Dom.Valenç.*dict.cons.*129.*à num.*15.

237 ¶ A cuyos medios,ò qualquiera dellos correspondiô la reserva que hize en la determinacion del juyzio possessorio entre ambas partes,como acompañado del Alcalde mayor de Cadiz:donde auiendo pedido dõ Christoual despues de 40.años la possession,por herencia de don Pedro su padre,dixe: *No auer lugar darsela,por el remedio de la l.de Soria,intentado por el susodicho. Y le reseruò los derechos que tuuiere a esta isleta de casas para otro juyzio,Fol.*184.*B.*y no dixe , que lo reservaua para el de la propiedad dellas,fol.

238 ¶ Pero introduzir demanda de reivindicacion dellas don Christoual,como lo ha hecho,como vno de dos herederos de su abuelo,contra don Francisco su tio , que lo es tambien, y hijo suyo,*para que se las restituigã todas*,que es lo que ha correspondido la primera determinacion,y se aguarda esta de revista,neque visum,neque auditum erit.

239 ❡ Siquidem le falta el requisito potissimo, que es la verificacion del dominio, *dict. l. in rem actio, l. officium, ff. de rei vindic.* & ex alijs iuribus *supr. à num.* 10. *cum seqq.* sobre que dizen Bald. *in l. cum res* 19. *C. de probat.* ibi: *Dominium in reiuindicatione fundat radicem, & originem petitionis,* y Mascard. *conclus.* 537. *num.* 2. ibi: *Nam super dominio in hac reiuindicatione innittitur origo, & radix petitionis.* Peregrin. *arti.* 45. *nu.* 33. vers. *Rei autem vendicatio.* Surd. *cons.* 227. *num.* 2. vbi multos cumulant. Sin ser possible ajustarlo.

240 ❡ No con lo que ha tratado de prouar. Videlicèt, que se le dieron a su padre en su vida, porque no es cierto. No por adjudicacion, despues de su muerte, a el mesmo, pues niega que aya auido particion. Menos por la confession del testamento de don Francisco reuocada. Maximè. Porque quando fuera donaciõ (que no dize tal) es sin entrega Real, y possession subsequente, que no la ha auido, y no transfiere dominio, *supr. nu.* 46 Que quãdo todo cessara, no podia subsistir mas que hasta 500. sueldos, sin insinuacion, *l. si quis* 36. §. *cæteris, C. de donat. l.* 9. *tit.* 4. *part.* 5. vbi Dom. Gregor. Lop. Palac. Rub. *in Rubric. de donat. int.* §. 17 *num.* 6. Anton. Gom. 2. *variar. cap.* 4. *num.* 6. & plurimos congerens Hermos. *in dict. l.* 9. *titul.* 4. *part.* 5. *gloss.* 1. *vsque ad* 12. *num.* 27.

241 ❡ Et sic habemus intentum Pues assiste la regla à D. Francisco, de que actore non probante, reus debet absolui, *l. extat, ff. de iur. fisc. l. qui accusare, C. de edend. l. actor, C. de probat. l. fin. C. de reiuindic. l.* 1. *C. de alienat. iudic. mut. cau. fact.* §. *retinendæ, Instit. de action. cap. cum Ecclesia Sutrina, de caus. possess. & propr.* Surd. *cons.* 73. *num.* 20. cum similibus.

MEIORAMIENTOS, Y COCHERA.

242 CON desconsuelo llegamos a tratar deste punto, y del de los frutos, siguiente. Pero tẽgo muy presentes algunos textos, q̃ dizẽ ser los sucessos de los pleytos fortuna, como son la *l. eos* 6. §. *super ijs,* ibi: *Vt meritis eorum consideratis, pro fortuna singulorum sententia proferatur, C. de appellat.* vbi Gloss. *l. seruus* 13. *ff. de stat. homin. l. denunciasse* 17. §. *quæritur* 6. *ff. ad l. Iul. de adulter.*

243 ❡ Y assi nos es precisso, sin embargo de lo que se ha aduertido, y fundado sobre la justicia principal, tratar destos particulares.

244 ❡ Quando Don Francisco entrò en esta isleta, era

vn

vn corralon, cercado de paredes a las calles, y auia solo labrado en èl vnas casas: consta de la probança de testigos, por las escrituras de arrendamiento, q̄ en su vida hizo el Capitan Christoual Marrufo, cuyas fueron, y por cuya muerte quedaron. Y en contra de esta verdad no ay cosa alguna.

245 ¶ Despues que entrò en êl labrò en diferentes tiempos, en el propio solar seys casas, y vna cochera, assi lo ha verificado con mucho numero de testigos. Y ademas consta de la vista de ojos que el Alcalde mayor de Cadiz hizo (con citacion de ambas partes, y tuvo efecto, a instancia de la contraria, por peticion suya, fol. 170.) y declararō los alarifes, y carpinteros, que es el medio, para saber la verdad, mas calificado que el derecho reconoce en estas materias.

246 ¶ *L. si irruptione, § fin. ff. fin. regund. l. 8. titul.* 14. *part.* 3. vbi Dom. Gregor. *gloss.* 1. Gloss. *in cap. memoratos*, vers. *Mittendos* 16. *quæst.* 4. Bald. *in Rubric. C. de probat. numer.* 4. Corn. *cons.* 333. *num.* 43. *vol.* 1. Curt. Sen. *cons.* 69. *nu.* 6. Afflict. *decis.* 23. *numer.* 3. Hieron. de Mont. *cap.* 30. *numer.* 5. ibi: *Et sic, quod occulus vidit nemò fidelitèr negat, & quod patet expresse, non est probare necesse.* Dom. Valenç. Velazq. *cons.* 100. *num.* 2. *&* 3. ibi: *Omnis alia probatio vincitur si aspectus in contrariū testificatur.*

247 ¶ Auiendo los maestros de albañileria, y de carpinteria, nombrados por la Ciudad, y electos por la justicia, y con assistencia della, y de las partes, visto las casas, cada vna de por si, declararon *en* 21. *de Nouiembre de* 657. lo que en cada vna de por si manifestô don Francisco auer hecho, y estaua fabricado.

248 ¶ Los de albañileria, assi de *paredes nueuas*, hechas desde los cimiētos, como en otras, *que subiò mas de las antiguas. diuisiones de salas, y aposentos altos, y baxos, tabiques, y portadas de mamposteria, y auer cubierto, y texado dichas casas.*

249 ¶ Y los de carpinteria, reconocidos *los enmaderamientos de todas las casas, las puertas de las calles, las de las salas, aposentos, y vētanas, cō las clabazones, y cerraduras de ellas.*

250 ¶ Y ambos conformes ajustan el ser obras, que a su leal saber, y entender se han hecho, de 26. hasta 30. â aquesta parte, *y no antes*; conque todos han sido despues de la muerte de dicho Capitan Christoual Marrufo su padre.

251 ¶ Conque auiendo sido por peritos en el arte, y con juramēto se les deue dar todo credito, *l. hac ædituli, §. his illud, C. de secund. nupt. l. semel, C. de re milit. lib.* 12. Gloss. *in §. præterea, Instit. de rer. diuis. l.* 32. *& l.* 35. *tit.* 4. *part.* 3. Morquech. *de diuis.*

*diuis.bon.lib.*1.*cap.*4.*num.*5. Valasc.*de part.cap.*9.*nu.* 2. Ayor. 1.*part.cap.*3.*numer.*1.*in fin.* Gratian.*discept.cap.*235.*per tot.* & *cap.*600.*num.*27. Noguer.*allegat.*28.*num.*20. Hermos.*in l.*56 *gloss.*6.*numer.*25.*tit.*5.*part.*5. Dom. Amay.*in l.*2.*C.de iur. fisc. lib.*10.*a num.*14.

252 ¶ Supuestas, pues, dichas mejoras, y que oy estan, y se conservan en ser, no ay causa que pueda escusar a don Christoual, pues pretende toda la isla de casas, el que aya de satisfacerlas, y mientras no lo hiziere, deue retener don Francisco, como posseedor de buena fee, dichas possesiones.

253 ¶ Text.*in l.in fundo* 38.*ff. de rei uindicat.l. insulam* 43.*§.fructus.ff. solut.matrim. l. Paulus* 29.*§. domus, ff. de pignor.l.dominus* 55.*§.*1.*ff.locat.l.si in area* 33.*§ fin. ff. de condict.indeb.l.si quis* 11.*C. de rei vindicat.§.si quis à non domino, Inst.de rer.diuis.l.cum postulassem* 44.*§.fin.ff.de damn. infect.l.* 43. & 44.*tit.*28.*part.*3.*l.*15.*tit.*13.*part.*5.

254 ¶ Barbos.*in l.diuortio* 8.*§.fin.ff.solut.matr.n.*100 Valasc.*de iur.emphiteut.quaest.*25.*num.*22.*in princ.* Pat. Mol. *de contract.disputat.*463.*numer.*17.vers. *Deinde.* Peregrin. *de fideic.artic.*50.*num.*31. Ioseph. Ludouic.*decis.*24.*num.*14. Ant. Gom.*in l.*46.*Taur.num.*2. Dom. Couarr.*libr.*1.*variar. cap.*8. *numer.*3.vers. *Tertio.* Gutierr.*libr.*3.*pract. quaest.*68.*à numer.*2. Giurb.*ad consuet. Messan.cap.*15.*gloss.*17.*per tot.* maximè *n.*5. Pacif.*de Saluian.interd.inspect.*2.*cap.*2.*à num.*204. Cyriac. 1. *tom.controuers.controuers.*83.*per tot.*

255 ¶ Y quando solo fuera coheredero, y participe, corria lo propio, *l.in hoc iuditium* 14.*§.*1.*ff.comm.diuid.*

256 ¶ Et licèt, despues las huviera enagenado a tercero, a este le competia el mesmo derecho, *dict.l.in hoc iuditium, §.*1.vers. *Sed is qui*, ibi: *Sed is qui à me emerit, an retinere possit, videndum est: nam & si vindicaretur ab eo pars impendiorum nomine, quae ego fecissem, ita, vt ego poteram retentionem facere? Et verius est, vt in hac specie expensae retineantur*, vbi Gottofred. *liter. B.* & deducitur ex *l.*45.*§.*1.*ff. de act. empt.* cum Roman.*singul.*177. Tiraquel.*de retract.conuent.§.*7.*gloss.*1.*n.*15. Negusant.*de pignor.memb.*4.*part.*5.*prij.nu.*23. Dom. Couarr. 1.*variar.cap.*8.*num.*3.vers. *Caeterum*, & alijs Surd.*cons.*4.*nu.*8. Garc.*de expens.cap.*18.*num.*59. Pacific.*de Salu.inspect.*2.*cap.* 2.*à num.*171.

257 ¶ Denique. Y lo que mas es, que a los posseedores de mala fee se concede este beneficio, *l.*2.*ex l. domum* 5.*C. de reiuindicat.l.*43. & 44.*titul.*28.*part.*3. vbi Dom. Gregor. *gloss.*1. Afflict.

flict.*decis.87.num.5.* Menoch. *de recuper. remed. 15. num. 609.* Ioseph. Ludou. *decis.7. num. 12.* Gutierr. *libr.3. pract. quaest. 68. sub num. 10. & seqq.* Garc. *de expens. cap. 2. per tot. & cap. 23. sub num. 54.* Carroz. *de locat. cap. de expens. à num. 30.* Escob. *de ratiocin. tom. 2. comput. 13. num. 5.* Nigr. *de except. rei iudic. cap. 8. §. 10. à num. 1.* Statil. Pacific. *de Saluian. interd. in spect. 2. cap. 2 à num. 181.*

258 ¶ Lo mesmo deue entenderse en quanto a la cochera, porque esta la labrô don Francisco: *Vaciando vna pared, dexando portada para su firmeça, y de que la hiziesse, echandole puerta, y cubriendola,* tienelo declarado por posiciones a la quinta pregunta del interrogatorio del juyzio primero, don Christoual, *fol. 159. B.* de lo compulsado.

259 ¶ Y auiendo entrado en ella à el principio, con permission de su tio, precariamente, para acomodar vn coche nueuo, que auia traido de Madrid, reconueniēdole oy por ella, en este juyzio, no puede escusarse de restituirla, pues se halla sin titulo, conque defenderse, *l. 1. 2. & 3. & tot. tit. ff. precar. cap. vlt. de precar. l. 9. tit. 2. part. 5.* Dom. Couarr. *3. variar. cap. 15.* ex Hermosi. & alijs Aill. ad Gomez. *tom. 2. cap. 7. num. 2.*

SOBRE LOS FRVTOS.

260 Contra vno, y otro se opone. Que yâ la sentencia reconociēdo ser ciertas las mejoras, determinò sobre ellas, ibi: *Condenamos à don Francisco, a que restituya a ocho pares de casas, con los frutos, desde el año passado de 1615. que las possee a razon de cien ducados en cada vn año, hasta la Real entrega, supr. num. 5.*

261 ¶ *Y en quanto a las mejoras, y reparos, se compensen con los frutos que pueden auer rentado desde el dicho tiempo, n. 6.*

262 ¶ A que respondemos ser rigorosissima determinacion, en quanto condena en frutos a Don Francisco, *desde el año de 15.* porque resiste a ella. Lo vno. Que en la accion de reiuindicacion intentada, si se tiene por verificada (contra tantos derechos) los frutos que le corresponden, son, nō a die occupationis, no, sino a litis contestatione, que es la que constituye en mala fee a el possessor conuenido.

263 ¶ Son textos que lo prueuan la *l. 1. & 2. C. de petition. haredit. l. certum 22. C. de rei vindic. l. litigator 2. C. de fruct. & lit. expens. l. sed, & si lege 26. §. etiam si ante litem, ff. de petit. hared. l. sed, & loci 4. §. post litem, ff. fin. regund. l. 11. tit. 15. part. 5.*

*part.*5.vbi Dom.Gregor.*gloss.*3.Barbos.*in l.de diuisione* 5.*numer.*58.vers.*Vltimo non facit, & num.*59.*ff.solut.matrim.* Thesaur.*decis.Pedem.*29.*n.*7.vers.*Secundo.* ex multis Dom. Castill. *lib.*5.*capit.*135.*num.*53. Dom. Vela *dissert.*38.*num.*98.*col.*4. à vers. *Nam inspecta.*

264 ¶ Y lo otro. Et absque satisfactione. Porque auiendo dō Francisco, no por via de interim, neque sumariè, ni en juyzio de tenuta, que es en lo que mueven, y ay disputa, como refiere, ex aliquibus Dom. Castill. *lib.*5.*capit.*135.*numer,*67. sino en juyzio possessorio, plenario, con conocimiento de causa, recebimiento de prueua, presentacion de papeles, y en particular *de la clausula del testamento de don Francisco*, sido este amparado en la possesion destas casas, denegandola la pedida à don Christoual, y consentidose por el susodicho la sentencia, como justa. Y lo que mas es, pagado las costas causadas en dicho juyzio, en virtud de prouision de su Magestad.

265 ¶ Nulla est dubitatio. Auer dicha determinacion calificado su buena fee, para la percepcion irreuocable de los fructos antecedentes, sin que tenga obligacion, aunque pierda aora en la propiedad a restituirlos, mas que a die contestationis deste vltimo juyzio: argum. *l. iuste possidet. ff. de acq. possess. l.* 1. *C. de carbon. adict. l. Fulcinius* 7. §. *fin. ff. ex quib. caus. in possess. eatur.* Gloss. *in cap. cum super* 4. verb. *restituendum, & in cap. Pastoralis* 5. verb. *facultatem, de caus. poss. & propiet.* vbi Abb. *l.* 10. *tit.*30.*part.*3. & ibi D. Greg. *gloss.*2. Bald. *in l.*3.*n.*17.*C. de fruct. & lit. expens.* Felin. *in capit. significauerunt, numer.* 6. *de testib.* Afflict. *decis.*218.*num.*5. Ioseph. Ludou. *decis. Lucens.*7.*nu.*7.

266 ¶ Elegantèr Boer. *decis.*340.*numer.*5. ibi: *Illum, qui pro se obtinuit sententiam in possessorio, & postea succubuit in petitorio, non teneri ad restitutionē fructuum per eum, vsque ad litis contestationem in ipso petitorio factam, perceptorum.*

267 ¶ Et ex Alex. *cons.*45.*num.*1.*vol.*3. *& cons.*159. *num.*22.*vol.*5. & alijs Gaill. *obseruat.*63.*num.*11. ibi: *Et quod victori in possessorio fructus percepti debeātur, etiam si in eadem sententia in petitorio succumbat vide Gloss. in capit. cum super, verb. restituendum, de caus. possess. & propriet Felin. in cap. significauerunt, num.*7. *de testib. Iass. in l. naturalitèr, §. nihil commune, nu.*180. *de adquir. possess.* Et post alios concludit: *Et hac memoria commenda.*

268 ¶ Mier. *de maiorat.*3.*part. quaest.*25.*num.*42. ibi: *Et in ista materia non est omittendum, quod quotidie videbis, quod ille, qui obtinuit in possessorio, in proprietate non tenetur res-*

restituere fructus, quos percepit, dum possedit. Y afirma auerse assi determinado en vn negocio graue, Dom. Valenç. *cons.* 56. *à num.* 30. *vsque ad* 38. Et sic non inmoramur in re tam notoria.

269 ¶ Et sic. Por este medio viene a quedar excluida la compensacion de las mejoras, con los frutos atrasados, antes de la contestacion de la demanda.

270 ¶ Lo tercero. Porque en quanto a la liquidacion de 100. *ducados en cada vn año* (que se deuen entender a die contestationis) fue excessiua notorie. Respecto, de que las casas, quãdo entrô en ellas don Francisco, eran vnas, y ganauan de 28. a 30. ducados en cada vn año, y dellos se auia de baxar parte para los reparos, assi consta de vno de los arrendamientos q̃ hizo D. Christoual, padre, y abuelo de las partes, poco antes que muriera, *supr. num.* 53. *&* 54.

271 ¶ Y a esta cantidad solo deuiô corresponder la determinacion: argum. *l. bobem, §. sciendum, ff. de minor.* vbi gloss. verb. *neque enim.* Rot. *diuers. decis.* 294. *num.* 1. ibi: *Fuit resolutum fructus liquidandos esse, attento priori statu Palatij, ante quam esset melioratum,* & iterum *decis.* 112. *part.* 2. *per tot.* Marescot. *lib.* 2. *variar. cap.* 112. *à num.* 52. vbi *num.* 53. *Concludit fructus liquidandos, secundum priorem statum rei, ante quam esset meliorata.* Caualc. 1. *part. decis.* 28. vbi Add. *numer.* 8. & ex quam pluribus infra recitandis.

272 ¶ No, empero, a tan subida, como por vna parte *los* 100. *ducados,* y por otra *el crecimiento, para que tenga lugar la compensacion que se manda hazer, con las mejoras, y reparos.* Y todo esto en consideracion de lo que oy pueden rentar las siete casas, y cochera, labradas por esta parte, por cuyo medio viene a ser cõdenado en frutos de su mesma hazienda, quod ius abhorret.

273 ¶ Ad text. *in l. cæterum* 31. *ff. de rei vindic.* ibi: *In probe tamen desiderabit petitor fructus æstimari, qui ex artificio serui percipi poterunt, quod artificium sumptibus possessoris didicit.*

274 ¶ Retorciendo en odio su vigilancia, en auerlas edificado contra lo q̃ dize el text. *in l.* 2. *C. de alluuion.* ibi: *Ne dolerant diligentes, operam suam agri dedisse culturæ, neque diligentiam suam, sibi damnosam iudicantes intelligant,* & deducitur ex *l. incompensationem* 8. *ff. de compensat.* illic: *Ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur,* & ex *l. Procuratores, §. si plures, ff. de trib. act.* Et ex optimo tex. cõtra menor, denegando la restitucion, *l. quod si minor, §. Scæuola, ff. de min.* illic: *Si verò, iam distracta hæreditate, & negotijs finitis, ad paratam pecuniam laboribus substituti, veniat repellendum.* Y

275 ¶ Y por lo que se saca de la razon, que dà la ley del Reyno, sobre si se han de admitir las pujas en rentas Reales, quæ est 6. *tit*. 13. *lib*. 9. *Recop*. illic: *Pero porque la malicia de algunos, hazen, que la ley parezca permitir agrauio, en que se admitan pujas contra el primer arrendador, que ha puesto su industria, y parte de su hazienda en mejoramiēto de la tierra, &c.* Dom. Perez de Lar. *de vit. hom. cap*. 23. *num*. 40. vers. *Neque retinens*.

276 ¶ Et sic, en terminos indiuiduales, de que no deua compensar las mejoras don Francisco, con los frutos procedidos dellas, auiendo labrado estas casas, y cochera (teniendo el solar en pago de su legitima.) Maximê. Cō la determinacion del juyzio possessorio, que calificò su buena feè, lo tienen infinitos.

277 ¶ Como son Angel. *in dict. l. cæterum, de rei vindicat*. Beroy. *in cap*. 1. *numer*. 94. *de vsur*. Negusant. *de pignor*. 4. *membr*. 5. *part. num*. 20. Gales. *de obligat. Camer*. 4. *part. quæst*. 2. *num*. 13. *in fin*. Put. *decis*. 276. *libr*. 3. *in fin*. Rot. *diuers. dict. decis*. 294. *part*. 1. *&* 112. *part*. 2. *à num*. 1. Surd *decis* 282. *numer*. 30. *& seqq*. vbi Add. Capic. *decis*. 93. vbi Masull. Peregrin. *de fideicomm. artic*. 50. *num*. 67. Thusc. *liter. F. conclus*. 490. *num*. 89. Caball. *cons*. 144. *nu*. 199. Raudens. *in reper. cons*. verb. *fructus, vol*. 1. Dom. Couarr. 1. *variar. cap*. 8. *num*. 4. Sesse *decis*. 71. *n*. 6. Giurb. *decis. Messan*. 105. *num*. 19. Mantic. *de contract*. 1. *part. lib*. 5. *tit*. 7. *num*. 26. Decian. *cons*. 29. *numer*. 5. Vinc. *cons*. 73. *sub num*. 4. Rosental. *de feud. cap*. 10. *cons*. 43. *sub numer*. 84. Ziriac. *controu*. 83. *per tot*. Gamm. *decis*. 96. Dom. Perez de Lar. *de vit. hom. cap*. 23. *num*. 40. *in fin*. Y estos refieren muchos.

278 ¶ Lo qual corre tambien seguramente en el posseedor de mala fee, que es en lo que hablan, *d. l. cæterum, ff. de rei vindicat*. vbi Bald. *& l. ex argento, ff. de condict. furt*. y aūque Dom. Couarr. *dict. cap*. 8. *num*. 4. sea de diuerso sentir, la contraria sentencia està comunmente recebida, y practicada en todos Tribunales, vt asserit Marescot. *lib*. 2. *cap*. 112. *à num*. 52. *& seqq*.

279 ¶ En la Rota, *dict. decis*. 294. *part*. 1. *& decis*. 112. *part*. 2. *diuers. Sacri Palatij*. Puteus *decis*. 276. *libr*. 3. *in fin*. Galles. *ad form. obligat. Camer*. 4. *part. quæst*. 2. *numer*. 23. *in fin*. vbi inquit: *Hæc opinio communior, & in praxi magis recepta, quam suo tempore seruasse Rotam testatur*.

280 ¶ *In Sacro Consilio*. Napolitan. Afflict. *decis*. 87. *numer*. 6. vbi Add. Franch. *decis*. 705. *per tot*. & Capic. *decis*. 93. *num*. 10.

281 ¶ *In Curia Aquensi*. Francisc. Stephan. *decis*. 81. & in Rot. *Lucensi*. Ioseph. Ludouic. *decis*. 7. *Lucens. num*. 12. *&*

13.

13.mirabilitèr Caualc. *decis.28.numer.8.in addit.part.1.*

282 ¶ Ex nostris Alvar. Valasc. *de iur. emphit. quæst.25. numer.26.* vbi concludit: *Quamuis in mala fidei possessore apud nos seruetur, vt neque de perceptis, neque percipiendis ex suis melioramentis teneatur, & ita pluries iudicatum vidi.* Lo qual repite en la consultacion 83. *numer. 20. in fin.* Gamm. *decis. 365. num.11.*

283 ¶ Don Francisc. Hieronim. de Leon *decis. Valentin.98. per tot.* præcipuè *à num.11.* videndus vsque ad *numer.19. & in fin. num.28.* concludit: *Ex quibus omnibus me referente, fuit declaratum fructus meliorationum, non esse restituendos.*

284 ¶ Ioann. Garc. *de expens. cap.23. à num.54.* donde auiendo disputado el punto largamente, concludit in fine, ibi: *Præterea mala fides, non aufert mihi meliorationes meas extantes. Præterea, quia etiam si mala fides sit respectu rei ipsius, non est, neque reperitur circa meliorationes, quas interno, & externo animi, & fori iudicio meas esse certo scio, quo casu non potest esse fructuum earundem restitutio, quarum vera, neque ficta mala fides est.*

285 ¶ Tandem concludit: *Contrarium est sine ratione, & lege, quo casu retento duplex tempus considerandum est bonæ, & malæ fidei, id est ante litis contestationem, & post litem contestatam: vtriusque temporis fructus meliorationum suarū hic possessor habebit, fructus verò rei ante litem contestatam suos facit, post litem contestatam restituet; computatio autem solum fiet, cum fructibus rei ipsius secundum antiquum statum, sine meliorationibus, quos alias faciebat suos, quod nota, quotidianum enim est vtile, & necessarium.*

286 ¶ Mier. *de maiorat.4. part. quæst.32. numer.5.* Gutierr. *lib.3. pract. quæst.68. num.17.* vbi concludit: *Et hæc opinio est communior, & magis æqua.* Escob. *tom.2. comput.13. per tot.* præcipuè *num.7.* donde discurre con las propias razones que Iuā Garcia, y le sigue en todo.

287 ¶ Et sic, quomodocumque se considere. Siempre â de quedar acreedor don Francisco de mejoras tan considerables, vtiles, y de valor tan excessiuo, como la fabrica de siete casas, fuera de la antigua, para que en qualquier sucesso se le aya de dar satisfacion dellas, en la cantidad que real, y verdaderamente se liquidare valer de presente, apreciandolas por maestros que lo entiendan, y con juramento declaren.

288 ¶ Estos, señor, son los fundamentos de la defensa de Don Francisco, & si veritatem amamus, no puede don Christoual, ni quien le defiende, afirmar, que su demanda es clara, corriẽte, y sin duda; antes, si, llena de dificultades grandes que vencer, y mas con los papeles que nueuamente en esta instancia se han presentado, y circunstancias particulares, que en el hecho se han descubierto, y van aduertidas en esta informacion, constantes, y ajustadas fielmente a los autos; conque en medio dellas, la segura determinacion es la que el derecho encomiẽda. Videlicêt in dubio, pro reo, & possessore: ex text. *in l. Arrianus 47. de oblig. & actio. l. 2. ff. uti possid.* illic: *Qualiscumque enim possessor, hoc ipso, quod possessor est plus iuris habet, quam ille, qui non possidet. l. vtifrui, ff. si vsusfruct. petat.* illic: *Vincẽt eo iure, quo possessores potiores sunt licet nullum ius habeant, l. 40. tit. 16. p. 3. in fin.* ibi: *Porque los juzgadores siempre deuen ser aparejados, mas para quitar a el demandado, que para condenarlo.*

289 ¶ Et sic esperamos reuocacion de la sentencia de vista. Salva in omnibus tãti Præsidis, grauissimiq; Senat. D. C.

Licenc. D. Iuan de Herrera Pareja.